



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

PATRÍCIA VIEIRA DE MELO FERREIRA ROCHA

A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO LIMITE
À EXPANSÃO DE UM NOVO MODELO PENAL DE OCASIÃO

SÃO CRISTÓVÃO, SE

2018

PATRÍCIA VIEIRA DE MELO FERREIRA ROCHA

A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO LIMITE
À EXPANSÃO DE UM NOVO MODELO PENAL DE OCASIÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, na Área de Concentração Constitucionalização do Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes.

Coorientadora: Profa. Dra. Karyna Batista Sposato.

São Cristóvão, SE

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Rocha, Patrícia Vieira de Melo Ferreira
R672i A importância da análise da culpabilidade como limite à
expansão de um novo modelo penal de ocasião /
Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha ; orientador
Carlos Alberto Menezes. – São Cristóvão, 2018.
173 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade
Federal de Sergipe, 2018.

1. Direito penal. 2. Culpa (Direito) 3. Garantia (Direito). 4.
Eficiência (Direito). 5. Utilitarismo. 6. Populismo. I.
Menezes, Carlos Alberto, orient. II. Título.

CDU: 343.2

PATRÍCIA VIEIRA DE MELO FERREIRA ROCHA

A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO LIMITE
À EXPANSÃO DE UM NOVO MODELO PENAL DE OCASIÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, na Área de Concentração Constitucionalização do Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes

Coorientadora: Prof. Dra. Karyna Batista Sposato.

Aprovada em: 08 de maio de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes
Universidade Federal de Sergipe

Profa. Dr. Karyna Batista Sposato
Universidade Federal de Sergipe

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa
Universidade Federal de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, Alício Rocha Jr., meu amor, meu companheiro e maior incentivador dos meus projetos, por acreditar em meu potencial mais do que eu mesma; por me apoiar em todos os momentos, pela paciência e pela dedicação à nossa família, principalmente aos nossos Pequenos, durante esses dois anos de mestrado.

Aos meus filhos, Mateus e Maria, que, mesmo sem entender a importância da conclusão desse trabalho, confortaram-me e me deram todo o amor nessa jornada, tornando os meus dias difíceis mais coloridos.

Aos meus amigos da Defensoria Pública da União em Sergipe, que foram solidários e fraternos na hora que mais precisei me dedicar à dissertação. Dedico a vocês a minha gratidão, carinho e admiração.

Aos meus colegas e companheiros de Curso, que tornaram minhas tardes mais leves e alegres.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Carlos Alberto Menezes, pela oportunidade de convívio e apresentação a uma linha de pesquisa aprofundada e moderna, pelas trocas de experiências e, sobretudo, pela gama de ensinamentos. Conheço poucos homens tão cultos como Ele.

À Professora Doutora Karyna Sposato, exemplo de seriedade, competência e comprometimento com a academia, por todo apoio dedicado a minha co-orientação.

A todos os Professores do PRODIR pela dedicação aos seus alunos e ao crescimento do Programa.

A Deus, por me fazer instrumento dos seus desígnios e por me ter concedido a força necessária para enfrentar com leveza e superar todos os problemas que surgiram ao longo dessa fase da vida que ora concluo.

*“Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem:
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho e nossa casa,
rouba-nos a luz e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.”*

Eduardo Alves da Costa

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo penal garantista, próprio de um Estado de Direito, elencando rol de direitos fundamentais, assegurando a individualização da pena e estabelecendo limites ao avanço do poder punitivo estatal, situações nas quais a culpabilidade exerce importante papel na manutenção da essência constitucional garantista. Em que pese tal importância da culpabilidade, a mesma vem sofrendo séria crise gerada pela tensão existente entre a função político-criminal e a necessidade de determinação da proporcionalidade da pena aplicada. A análise da culpabilidade passa a ser enfrentada não como uma garantia constitucional limitadora de abusos provenientes do poder punitivo estatal, mas como obstáculo à aplicação de penas mais severas, cedendo espaço à necessidade social de se afastar a violência do seio social, não importando os meios para tanto. Nesse sentido, a satisfação do clamor popular por justiça ganha lugar de destaque na jurisdição criminal, sendo também adotado como parâmetro de eficiência pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, o conceito de justiça esperado pela sociedade passa a ser confundido com a aplicação máxima do direito penal, ainda que sem a observância das garantias constitucionais. Diante de tal panorama, incentivado e propagado pelos meios de comunicação, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário caminham, destacadamente a partir da Ação Penal nº 470/MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a seguir novo paradigma, utilitarista e com viés maior de combate à corrupção e à violência, visando atender à pacificação e ao bem-estar social, não importando se efetiva a mitigação da observância das garantias previstas na ordem constitucional. Um novo modelo de direito penal vem sendo desenhado pela jurisprudência do STF, que, visando atender os anseios sociais influenciados e reverberados pelos meios de comunicação, profere decisões populistas, muitas em desarmonia com a norma constitucional, deixando de lado a sua observância. A interpretação constitucional torna-se essencial para a manutenção da base garantista constitucional, desde que seja feita de acordo com a sua essência, resgatando-se a análise da culpabilidade, individualizando-se a pena, garantindo um juízo subjetivo de imputação.

PALAVRAS CHAVE: Culpabilidade. Crise. Garantismo Penal. Utilitarismo. Populismo Penal. Eficiência. Novo Direito Penal.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution adopted a guarantor criminal model, which is based on the rule of law, which lists fundamental rights, ensuring the individualization of punishment and establishing limits to the state's punitive power, situations in which guilt plays an important role in maintaining constitutional essence. Regardless of the importance of guilt, it has been suffering a serious crisis generated by the tension between the political-criminal function and the need to determine the proportionality of the penalty applied. The analysis of guilt is now faced not as a constitutional guarantee limiting abuses from the punitive power of the state, but as an obstacle to the application of more severe sentences, giving space to the social need to ward off violence from the social sphere, regardless of the means therefore. In this sense, the satisfaction of the popular clamor for justice gains a prominent place in the criminal jurisdiction, being also adopted as a parameter of efficiency by the Judicial Power. In this context, the concept of justice expected by society is now confused with the maximum application of criminal law, even without compliance with constitutional guarantees. In view of such a scenario, encouraged and propagated by the media, the decisions handed down by the Judiciary Branch are, notably after Criminal Action no. 470/MG, judged by the Federal Supreme Court to follow a new paradigm, utilitarian and with a greater bias corruption and violence aimed at pacification and social welfare, less important if effective mitigation of compliance with the guarantees provided in the constitutional order. A new model of criminal law has been drawn up by the jurisprudence of the STF, which, in order to meet the social anxieties influenced and reverberated by the mass media, makes populist decisions, many in disharmony with the constitutional norm, leaving aside their observance. Constitutional interpretation becomes essential for the maintenance of the constitutional guarantor base, provided it is made according to its essence, rescuing the analysis of guilt, individualizing the sentence, ensuring a subjective judgment of imputation.

KEYWORDS: Culpability. Crisis. Penal Warfare. Utilitarianism. Penal Populism. Efficiency. New Criminal Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O PAPEL DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO MODELO PENAL GARANTISTA.....	15
2.1	Os Direitos Fundamentais Penais na Constituição Federal como limites ao poder punitivo do Estado: a base garantista constitucional.....	15
2.2	O conceito de culpabilidade e sua função em um Estado Democrático de Direito: relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	22
2.3	Da teoria psicológica à teoria normativa pura da culpabilidade: preocupação com a dignidade humana X poder punitivo do Estado.....	29
3	A CRISE DA CULPABILIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	38
3.1	Os conceitos de “livre-arbítrio” e de “poder atuar de outro modo” como supostas bases da crise instaurada sobre o conceito de culpabilidade.....	38
3.2	O fortalecimento do direito penal do inimigo diante do abandono da análise da culpabilidade.....	44
3.3	O funcionalismo Penal de Roxin e Jakobs e o seu tratamento à culpabilidade como solução à crise instalada.....	50
3.4	O esquecimento do papel limitador da culpabilidade: consequência do surgimento de um novo modelo penal.....	59
4	SURGIMENTO DE UM “NOVO” DIREITO PENAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	63
4.1	O utilitarismo e a construção de um novo direito penal.....	63
4.2	A importância da eficiência e a expansão do novo modelo penal.....	72
4.3	A influência dos meios de comunicação na fixação dos parâmetros jurisprudenciais.....	84
4.4	O populismo penal como fruto da busca social por justiça e a alteração do paradigma jurisprudencial do STF.....	91
5	O RESGATE DA ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO LIMITE À EXPANSÃO DE UM NOVO MODELO PENAL DE OCASIÃO.....	106
5.1	A perda da força normativa da Constituição e o simbolismo do direito penal.....	106
5.2	O respeito à essência constitucional garantista e a manutenção do papel da culpabilidade no Estado de Direito: barreira à expansão do direito penal	111
5.3	A interpretação constitucional e a manutenção do Princípio da Culpabilidade pelos órgãos julgadores: resgate à força normativa da Constituição.....	117
6	CONCLUSÃO.....	123
	REFERÊNCIAS.....	132
	ANEXO A -Trecho do Voto da Ministra Rosa Weber sobre a teoria do domínio do fato em sede do Acórdão proferido em sede da Ação Penal nº 470/MG relativo à	

teoria do domínio do fato, às páginas 1161 a 1163 do Acórdão e às páginas 102 a 104 do Voto.....	137
ANEXO B – Ementa de Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 975/AL	141
ANEXO C – Ementa de Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no HC nº 127.397/BA	145
ANEXO D - Ementa de Acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292/SP	150
ANEXO E - Ementa de Acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.078-7/MG	170

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho inicia-se abordando os aspectos do modelo penal garantista, utilizando-se a culpabilidade como pano de fundo para demonstrar a sua evolução, mormente na individualização da pena.

Como metodologia, por se tratar de pesquisa eminentemente de revisão bibliográfica de legislação, jurisprudência e doutrina inerentes às hipóteses ora tratadas, a começar pela bibliografia adiante indicada, que serviu como instrumento fundamental da pesquisa, realizou-se uma leitura analítica, textual e temática, buscando-se a compreensão desses documentos diante da problematização da matéria e de acordo com os objetivos da pesquisa.

O problema de pesquisa foi identificado a partir do seguinte questionamento: de que forma as decisões do STF vêm contribuindo para a crise da culpabilidade e para a expansão do direito penal?

Após a identificação de tal problema, observou-se como hipótese o surgimento e o fortalecimento de um novo modelo penal a partir de decisões de caráter utilitarista, baseadas na eficiência, influenciadas por fatores externos ao delito, tais como o clamor social por justiça. Este novo modelo do direito penal estaria contribuindo e incrementando a crise da culpabilidade, tendo em vista o seu distanciamento das regras constitucionais garantistas, já que a análise da culpabilidade é essencial para a prolatação de decisões individualizadas, distantes de desejos e interesses pessoais, e, portanto, necessária à manutenção da noção constitucional de justiça.

Justifica-se a pesquisa, tendo em vista potencial tendência de enfraquecimento da força normativa da Constituição brasileira, diante da expansão de um direito penal antigarantista, autoritário, que, encoberto pelo manto de uma suposta legitimidade decorrente de jurisprudência fundamentada na eficiência, fragiliza a análise da culpabilidade e a manutenção do modelo penal idealizado pela Constituição Federal de 1988.

Objetiva-se assim, demonstrar como o crescimento desse novo paradigma jurisprudencial e o modelo penal adotado nas decisões do STF vem contribuindo para a crise da culpabilidade. Utiliza-se para tanto, discurso envolvente de estabilização social, que encontra respaldo popular dado a toda decisão judicial que adote uma posição mais recrudescedora frente a um evento penal.

Visa-se, com o presente trabalho, demonstrar, inclusive, que a apreciação da culpabilidade nas decisões judiciais segue orientação constitucional, garantindo a observância do princípio da dignidade humana, que assume relevante papel na preservação do modelo

garantista, limitando o poder punitivo estatal e preservando a manutenção do Estado de Direito.

Parte-se da análise da ordem constitucional estabelecida a partir da Constituição Federal de 1988, que determina que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e adota um modelo penal de base garantista, no qual são estabelecidos limites punitivos aos poderes estatais.

Ao se estabelecer o conceito de culpabilidade e considerando as suas facetas, seja como princípio constitucional, seja como elemento do crime, seja como circunstância judicial, verifica-se uma abordagem acerca do seu papel no modelo penal garantista, considerando as violações de direitos e garantias inerentes à Carta Magna, decorrentes de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do julgamento da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013) e contrárias aos princípios penais constitucionais garantistas, refletindo sobre a regressão que está a se consumir aos direitos fundamentais de primeira geração (direitos das liberdades).

Em que pese a relevância da análise da culpabilidade para a manutenção de um direito penal garantista, pontua SPOSATO (2013, p. 121) que o fundamento material da culpabilidade e os seus elementos integradores vem sofrendo uma grande crise gerada pela tensão existente entre a função político-criminal e a necessidade de determinação da proporcionalidade da sanção penal.

A crise vivenciada pela culpabilidade, para muitos doutrinadores, está relacionada à dificuldade ou impossibilidade de se comprovar, no caso concreto, se o agente poderia ou não atuar de outro modo, tendo em vista a necessidade, porém, inviável, de uma análise empírica da situação, levando-se em consideração as variantes circundantes e as opções disponíveis no momento do fato.

Modernamente, no entanto, percebe-se que a crise da culpabilidade parece estar mais atrelada a outras questões de caráter político-social, tais como a tentativa de se alcançar uma pacificação social e a justiça a qualquer custo, buscando-se assim, soluções tidas como eficientes para o problema do crescimento da violência, sem se observar a necessidade de aplicação das garantias e princípios constitucionais, uma vez que estes são vistos como entraves à prolação de decisões que estejam de acordo com referidos parâmetros.

Desenha-se um panorama de decisões utilitaristas que buscam atender o clamor popular por justiça, surgindo um novo modelo penal, destacadamente a partir da Ação Penal nº 470/MG, julgada pelo STF (BRASIL, 2013) e popularmente conhecida como “Mensalão”, nela se identificando o marco temporal efetivo na mudança de paradigma jurisprudencial na

Corte Suprema, através da explícita inobservância das normas constitucionais penais brasileiras e do modelo penal clássico, de base garantista e fundamentado no princípio da dignidade humana.

O modelo constitucional penal carrega a característica de ser uma garantia aos cidadãos de que sua liberdade não será violada, nem cerceada, senão por lesões realmente graves ao direito do outrem, após o devido processo penal constitucional. Porém, a partir da Ação Penal nº 470/MG, as decisões penais proferidas pelo STF (BRASIL, 2013) passaram a desenhar um quadro jurisprudencial que demonstra uma certa despreocupação em observar à aplicação das normas garantistas, homenageando a estabilização social frente ao crescimento da violência e do medo.

A busca por justiça a qualquer preço passou a ser um sentimento social aparentemente comum, reverberado pela mídia, que acabou por ecoar nas decisões judiciais, que passaram a ser prolatadas no sentido de se conquistar a pacificação social sem o devido respeito aos limites impostos pelas normas constitucionais, notando-se uma debilitação dos limites normativos do direito penal garantista.

Passa o direito penal a exercer uma função simbólica de instrumento de pacificação social, representado por novas decisões judiciais de caráter utilitarista¹, influenciadas pelo clamor popular, moldado e também difundido pela mídia. Há, a necessidade do poder judiciário de dar respostas eficientes à sociedade e que, mesmo ultrapassando os limites constitucionais que lhes são impostos, acabam sendo etiquetadas como legítimas por serem consideradas justas aos olhos da comunidade.

Ressalte-se a posição de destaque dada pela Constituição Federal à justiça, mesmo se tratando de um conceito aberto, subjetivo. Uma sociedade justa é um dos fundamentos da nossa República, servindo tal conceito, no entanto, para camuflar abusos cometidos no âmbito das decisões judiciais. Perde importância a compreensão do real significado de justiça, desde que as decisões afastem o desconforto do medo, não havendo uma preocupação social com danos futuros que decisões desarrazoadas possam gerar, desde que as mesmas demonstrem-se eficientes aos propósitos aclamados pela sociedade.

A norma constitucional é produzida não só no momento da elaboração do seu texto, mas, inclusive, no decorrer do processo de concretização, devendo a Constituição assumir a posição de mecanismo de autonomia operacional do direito, ou seja, deve ser capaz de fixar

¹ Aqui, o termo utilitarismo é utilizado como um dos tipos *ex patri populi*, porém não na versão do mínimo sofrimento necessário a ser impingido a minoria formada por desviantes, mas sim no sentido da finalidade da máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes, reportando aos interesses da segurança social e não daqueles que efetivamente suportam a pena. (FERRAJOLI, 2014, p. 243)

critérios internos para a aplicação das normas jurídicas gerais, bem como para a aplicação da norma jurídica concreta, de forma a garantir a realização prática da sua essência.

As normas da Constituição deveriam ter força normativa diante da realidade, devendo ser verificadas e aplicadas em toda a sua essência, no intuito de se preservar a ordem constitucional. Isso não significa que as normas não possam sofrer mutação, para se adequar às novas e complexas relações sociais que surgem com a evolução, mas que devem atender a um núcleo mínimo que está relacionado à garantia da manutenção dos direitos fundamentais.

Na prática, no que toca ao direito penal, percebe-se uma progressiva ineficácia das normas constitucionais penais, afetando os alicerces do sistema jurídico-constitucional, o que resultaria em efeitos essencialmente simbólicos, tendo em vista que os direitos fundamentais, não vêm sendo observados pelos órgãos estatais, nem estariam condizentes com a expectativa da população, já que funcionariam como entrave para uma aplicação mais rígida do direito penal. Destaca-se que a constitucionalização simbólica segue uma lógica completamente distinta daquela idealizada pela teoria da força normativa da Constituição, uma vez que torna os dispositivos constitucionais inefetivos normativamente.

Há uma progressiva perda da essência garantista da norma constitucional, que, ao ser aplicada, não mantém uma uniformidade interpretativa, afastando garantias que deveriam ser aplicadas de forma equânime para todo e qualquer cidadão. Deve-se lembrar, no que toca ao direito penal, levando-se em consideração que se trata de ramo do direito que visa tutelar a liberdade do cidadão contra proibições indeterminadas e contra condenações arbitrárias, que os princípios elencados pela Constituição Federal são essenciais para a afirmação do Estado de Direito.

Nesse sentido, a culpabilidade, entendida como um direito fundamental, reflete a opção de um Estado de Direito em respeitar, acima de tudo, o indivíduo, bem como a dignidade da pessoa humana, restando em segundo plano, no que toca à matéria penal, a observância das necessidades sociais. Trata-se de importante instrumento de combate ao avanço do direito penal na sua forma máxima, já que garante a individualização da pena e a observância da formação de um juízo de imputação subjetivo, servindo, internamente, como limite a ser observado pela aplicação da pena.

A interpretação constitucional torna-se essencial para a manutenção da base garantista constitucional, desde que seja feita de acordo com a sua essência, devendo cada decisão judicial ser vista como um novo capítulo de uma história, respeitando-se, no entanto, os capítulos, ou melhor, as decisões escritas anteriormente.

Assim, esse trabalho tem como objetivo descrever as mudanças ocorridas na jurisprudência do STF a partir da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013) e a sua ligação com a construção de um novo modelo de direito penal, distante da orientação constitucional garantista e com viés utilitarista, levando-se em consideração o desejo da sociedade em eliminar a violência através do direito penal, e, em uma perspectiva populista, incrementada pelos meios de comunicação, o esquecimento da observância da norma penal, dos seus princípios e garantias constitucionais.

2 O PAPEL DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO MODELO PENAL GARANTISTA

O presente capítulo pretende descrever a importância dos direitos e garantias fundamentais constitucionais como característica intransponível do modelo penal adotado no Brasil e como limite à expansão do poder punitivo estatal, destacando-se o papel da culpabilidade na preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, refletindo, desta forma, a essência do Estado de Direito.

2.1 Os Direitos Fundamentais Penais na Constituição Federal como limites ao poder punitivo do Estado: a base garantista constitucional

Os direitos fundamentais já fazem parte do patrimônio comum da humanidade. Em quase todas as constituições do mundo há previsão desses direitos, em atenção ao Princípio da Dignidade Humana, que ganhou força após os horrores da Segunda Guerra Mundial.

Junto com a ascensão dos direitos fundamentais aderiram-se algumas premissas, como a crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico, defesa da positivação constitucional dos valores éticos, crença na força normativa da constituição e o compromisso com os valores constitucionais, em especial com a Dignidade da Pessoa Humana (LIMA MARMELSTEIN, 2014, p. 12).

Tais premissas colocaram-se como resposta aos abusos cometidos com base no positivismo ideológico, extremista, tal como o holocausto e demais barbáries praticadas pelo Nazismo, tendo como fundamento a força obrigatória e a obediência incondicional das normas vigentes em determinado momento histórico de uma sociedade.

Surge assim, um positivismo ético, inserindo na ciência jurídica valores indispensáveis à proteção e concretização da dignidade humana, exigindo-se uma atuação jurídica não meramente legalista, mas humanitária e consciente impedindo, desta forma, condutas opressoras e atentatórias contra os direitos do ser humano. (LIMA MARMELSTEIN, 2014, p. 10)

Destaca-se a relevância dessa mudança de paradigma através da inserção de valores humanos na análise de situações concretas postas ao órgão julgador, limitando uma atuação abusiva e desconforme ao contexto constitucional, apenas levando-se como base o texto de lei. Não se pode esquecer, em que pese todo o trâmite necessário a criação de uma norma

positivada, que muitas vezes aquilo que o legislador prevê não corresponde ao sentido da norma constitucional vigente em um determinado ordenamento jurídico, que, se democrático, deverá se ater ao Princípio da Dignidade Humana.

Vale ressaltar que a dignidade é universal, no sentido de que é inerente a qualquer ser humano, independentemente das circunstâncias concretas. Todos são iguais em dignidade, já que todos devem ser reconhecidos como pessoa, não devendo haver distinção de qualquer tipo, mesmo que o seu comportamento não seja digno com o seu semelhante ou consigo mesmo. (SARLET, 2012b, p. 54)

Assim, mesmo que possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente a sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. (SARLET, 2012b, p. 55)

Cada ser humano deve ser livre para conduzir a sua vida da melhor forma que entender, detendo o poder de autodeterminar a sua conduta, demonstrando, desta forma, uma forte ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que o direito de liberdade constitui a principal exigência para a concretização da dignidade humana.

A dignidade passou a ser reconhecida como um valor inerente, agregado à condição humana. Em nossa Constituição Federal de 1988 ganhou posição de destaque ao ser colocada como Princípio Fundamental, regente de todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo seu reflexo e instrumento de concretização a os direitos fundamentais declarados explicita ou implicitamente no texto constitucional.

Vale ressaltar, que o núcleo dos direitos fundamentais a serem tutelados e garantidos por um ordenamento jurídico, não se resumem aos proclamados no texto constitucional, existindo àqueles implícitos, que são necessários à realização do homem como ser digno. Não precisam ter, necessariamente, uma relação direta com a dignidade da pessoa humana, mas devem, de alguma maneira, ainda que indiretamente, contribuir para a manutenção de uma vida digna, considerando aquilo que o homem entende como essencial para tanto.

Nesse sentido Ferrajoli dispõe que os direitos fundamentais seriam todos aqueles que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir. Assim, trazendo uma definição ideologicamente neutra, pretende que a mesma abarque qualquer ordenamento, mesmo os mais primitivos e totalitários, que não trazem nenhuma previsão acerca de direitos dessa natureza. Ao dizer apenas o que são direitos

fundamentais, deixa em aberto tal conceito, tornando-o maleável de acordo com os interesses e necessidades de uma determinada sociedade. (FERRAJOLI, 2011, p. 91-93)

Na Constituição Federal de 1988, no seu Título II há a previsão de direitos e garantias fundamentais, que abrange uma genérica gama de categorias de direitos, diversificada, porém não taxativa, abrindo espaço para a proclamação de outros direitos como fundamentais, que podem surgir com a evolução da sociedade.

Nesse sentido evolutivo dos direitos fundamentais, deve-se ter em mente que estão em eterno processo de amadurecimento, tendo passado por diversas transformações, quanto a conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, desde as primeiras Constituições, fazendo com que, doutrinariamente passa-se a se falar em gerações, dos direitos fundamentais.

Ao se falar em gerações de direitos fundamentais, não quer dizer que os mais recentes e modernos são excludentes dos mais remotos, mas sim agregadores, cumulativos, complementares, fruto de um longo e tortuoso processo de expansão e fortalecimento, demonstrando, em que pese abertura e mutabilidade do seu catálogo, uma uniformidade e permanência de um núcleo básico.

Os direitos fundamentais estão intrinsecamente relacionados com as noções de Estado de Direito e Constituição, sendo, a existência de seu núcleo, considerado, para muitos, condição indispensável a um Estado Constitucional Democrático, servindo de base e fundamento, condicionando e limitando o poder Estatal, ao quanto estabelecido pela constituição.

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que o “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é indissociável de tais direitos. (SARLET, 2012a, p. 59)

O Estado, no exercício do seu poder executivo, legislativo ou judiciário deverá sempre ter em mente e observar quais direitos fundamentais tutelados pela sua ordem Constitucional, já que o paradigma de um Estado Constitucional de Direito, é uma dupla sujeição do direito ao direito, ou seja, uma sujeição tanto a racionalidade formal, quanto a material.

É, nessa base, que se fixam as raízes do modelo garantista. Assim, os direitos fundamentais devem sempre ser observados, de forma substancial, seja para limitar o poder estatal, seja para impulsioná-lo em direção à efetivação de direitos, que se fazem necessários

para resguardar a sua dignidade, expressando, ao mesmo tempo, os fins do Estado constitucional de direito.²

Os direitos fundamentais, assim, formam o núcleo essencial de um Estado de Direito, balizando todo o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade, exercendo a sua função de defesa da liberdade individual. São os valores básicos para uma vida em sociedade, ligados com a ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder.

Todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto) leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua essência: em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente. Também no plano histórico, de resto, se pode afirmar que todos os direitos fundamentais foram sancionados, nas diversas cartas constitucionais, como resultado de movimentos de luta ou de revolução que, de tempos em tempos, laceraram o véu da normalidade e naturalidade que ocultava uma precedente opressão ou discriminação [...]. (FERRAJOLI, 2011, p. 106)

No que toca a Constituição Federal de 1988, deve-se lembrar que a mesma foi pensada e elaborada em resposta a um longo período dominado pelo autoritarismo advindo do regime militar, período marcado pela inobservância de direitos e liberdades fundamentais, tendo os direitos fundamentais ganhando posição de destaque, tanto no que toca a amplitude do seu catálogo, quanto a sua posição topográfica, em que pese não se tratar de rol exaustivo. Nesse sentido quis o constituinte de 1988 abarcar, de forma clara, o maior número possível de direitos fundamentais, dando a alguns dele força jurídica formal, mesmo que substancialmente não fundamental, desde que tivesse uma relação indireta com a concretização da dignidade humana.

O conceito de direitos fundamentais não devem ser confundidos com direitos humanos, mesmo que corriqueiramente utilizados como sinônimos. Sarlet coloca que a expressão “direitos fundamentais” deve ser dirigido ao conjunto de direitos direcionados ao

² *El paradigma del Estado constitucional de derecho – o sea, el modelo garantista – no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la substancia, los signos y los significados, la legitimación fomal y la legitimación sustancial o, siquiere, la <<racionalidad formal>> y la <<recionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que láa razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material >> orientada a fines, como lo seria la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales – no solo los derechos socielas y las obligaciones posotivas que inponen al Estado, sino también los derechos de libertard y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez, sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado esse moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho. (FERRAJOLI, 2004, p. 22)*

homem, reconhecidos e positivados por uma ordem constitucional de determinado Estado; já “direitos humanos” estaria relacionada a posição do ser humano como tal, independentemente à sua vinculação a algum Estado, tendo, assim, natureza universal, abrangendo todos os povos e épocas, detendo como característica a supranacionalidade (SARLET, 2012a, p.31).

Ainda sobre o conceito de direitos fundamentais defendido por Ferrajoli, ao afirmar que são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* pessoa, ou seja, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir, quer com isso dizer que, direitos subjetivos são qualquer expectativa positiva, prestacional ou negativa, de não sofrer lesões, ligadas a um sujeito por uma norma jurídica; já *status* seria a condição de um sujeito, também prevista pela norma jurídica, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e dos atos delas decorrentes³.

Tal conceito trazido por Ferrajoli, deita sua base em premissas universais, conceituando direitos fundamentais como aqueles baseados unicamente no critério da titularidade humana universal, esquecendo-se da importância dos interesses e necessidades individuais que devem ser tutelados por cada Estado. (FERRAJOLI, 2004, p. 37-38)

São fundamentais os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas pessoas físicas e cidadãos, enquanto tais, e enquanto forem capazes de agir, não sendo necessário para a sua qualificação como tal a sua previsão expressa no texto constitucional. A base destes direitos estaria fundada unicamente no caráter universal de sua imputação, o que seria importante para sobrepor a sua validade em qualquer ordenamento, inclusive naqueles totalitários, independentemente do que previsto em lei⁴.

A importância do conceito construído por Ferrajoli está no fato de que, ao tratar dos direitos fundamentais como universais, acaba trazendo a ideia de que os mesmos estão

³ [...] *son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.* (FERRAJOLI, 2004, p. 37)

⁴ *Conforme a esto, diremos que son <<fundamentales>> los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos e en cuanto capaces de obrar. Pero diremos también, sin que nuestra definición resulte desnaturalizada, que un determinado ordenamiento jurídico, por ejemplo totalitario, carece de derechos fundamentales. La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento, en suma, condición de su existencia o vigencia en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales. Incide todavía, menos sobre tal significado la previsión en un texto constitucional, que es sólo una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario: son fundamentales, por ejemplo, también los derechos adscritos al imputado por el conjunto de las garantías procesales dictadas por el código procesal penal, que es una ley ordinaria. En segundo lugar, la nuestra es una definición formal e estructural, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación [...].* (FERRAJOLI, 2004, p. 38)

intrinsecamente ligados, inter-relacionados com os direitos humanos, devendo sempre cada Estado observar aquilo que é essencial para a preservação da integridade humana.

O conceito de direitos fundamentais não pode estar adstrito a sua veia formal, já que, desta forma, será insuficiente para abarcar todos os direitos fundamentais, uma vez que os mesmos decorrem do regime e dos princípios que regem determinada ordem constitucional. Nesse sentido a Constituição Federal de 1988 previu no §2º do seu artigo 5º⁵, cláusula de abertura, para abarcar direitos fundamentais que estão fora do catálogo, presentes e futuros, deduzidos, diretamente do regime e princípios previstos no seu texto. (SARLET, 2012a, p. 94)

No que toca ao catálogo constitucional dos direitos fundamentais o mesmo se caracteriza pela sua abrangência, trazendo no seu artigo 5º um conjunto de direitos e garantias dessa natureza, detendo estes últimos natureza instrumental, verdadeiros direitos subjetivos, já que asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. (SARLET, 2012a, p.179)

Dentre os direitos e garantias previstos na CF/88, o constituinte reservou uma parte dos incisos do artigo 5º para tratar das garantias penais e processuais penais, limitando a atuação estatal, não apenas no constante no texto formal, mas também decorrente do sentido material garantista adotado pela Constituição, ao prever no seu texto, de forma expressa, limites ao poder estatal de cercear a liberdade do indivíduo.

O modelo penal descrito na Constituição Federal de 1988 adotou, de acordo com toda a sua essência, uma visão antropocêntrica, impondo limites ao poder punitivo estatal, propondo uma intervenção penal adequada a uma ordem jurídica que tenha o homem como referência. Desta forma, o homem não pode ser tratado como objeto da atividade estatal, retirando-lhe a sua condição humana a partir de um tratamento coisificado por parte daqueles que detém o poder punitivo estatal.

Trata-se de verdadeiros direitos de proteção⁶, devendo o Estado, no âmbito da investigação criminal, do Processo Penal, bem como durante a execução da pena, proteger a vida, a liberdade, a integridade física do cidadão, para alcançar tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, tendo como pano de fundo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

⁵ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988, art.5º, §2º)

⁶ “...os direitos à proteção podem ser sumariamente conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais.” (SARLET, 2012a, p.190)

Os direitos humanos e os direitos fundamentais balizam a atuação penal estatal limitando-a, obrigando a observância das garantias fixadas pela Constituição Federal, que refletem uma ordem de valores, tais como igualdade perante a lei, dignidade da pessoa humana, liberdade e justiça.

O direito penal da Constituição vive hoje a mesma condição que o direito penal do Iluminismo viveu em seu tempo: deve limitar e regular a pena; mas para que o direito penal da Constituição não tenha a mesma sorte do direito penal liberal, permanecendo em grande parte na mente de seus ideólogos, é necessário que reencontre uma dimensão política forte e autêntica. Isto somente será possível se incorporado em uma política integral de proteção dos direitos fundamentais. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 81-82)

Os direitos e garantias constitucionais penais devem ser observados pelo poder punitivo estatal, para que se garanta a segurança jurídica e assim afaste-se eventuais abusos decorrentes de decisões marcadas pela eficiência, mas que podem disfarçar um fundo populista, e, desta forma, serem legitimadas pela sociedade.

O garantismo tem como pano de fundo o Estado de Direito, que defende a tutela das liberdades individuais frente as várias formas de exercício arbitrário de poder, condenado no âmbito do direito penal. Considerando um direito penal onde se tutela a liberdade do cidadão frente a eventuais abusos de poder, refletidos através de decisões arbitrárias, pode-se afirmar que a maximização da liberdade significa a observância, pelo poder punitivo, dos limites que lhe são postos pelo ordenamento jurídico.

Não se quer com isso concluir que o garantismo oriente o exercício ilimitado das liberdades e um consequente abolicionismo penal, mas sim que as liberdades serão solidificadas se houver um controle do poder punitivo estatal, para que o mesmo seja exercido na medida do que delimitado pela norma constitucional.

[...] o nexo que caracteriza o Estado de direito, entre garantias e legitimação política, e por outro lado entre formas legais e democracia substantiva. As garantias – não só as penais – são vínculos normativos idôneos a assegurar efetividade aos direitos subjetivos e em geral aos princípios axiológicos sancionados pelas leis. [...] Em todos os casos, as garantias consistem em mecanismos que, porquanto a sua vez normativos, são direcionadas a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos. Entende-se, que nesse sentido, o “garantismo” não tem nada a ver com mero legalismo ou processualismo. Aquele consiste sim na satisfação dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política Às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles “artifícios” - como o chamou HOBBS - que são o direito e o Estado, e cujo o gozo por todos forma a base substancial da democracia. (FERRAJOLI, 2014, p.21-22)

Assim, uma questão deve ser colocada, garantismo nada tem a ver com mero legalismo, formalismo ou processualismo. Na verdade, consiste na tutela dos direitos fundamentais, preocupando-se na concretização do direito, tornando as normas efetivas, afastando os “poderes selvagens”⁷, e, conseqüentemente, as relações desiguais que possam existir no âmbito do direito material e processual penal.

Diante do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, necessário se faz reconhecer os direitos fundamentais para garantir ao homem ser tratado como um ser digno, reconhecendo-o como pessoa, cujos direitos devem ser respeitados pelos outros homens, bem como pelo Estado. Esse plexo de direitos afeta a própria condição humana, mormente no que toca às repercussões de uma eventual intervenção penal. Nesse sentido, qualquer intervenção penal que vulnere de forma desarrazoada os direitos fundamentais deverá ser afastada por ser considerado inconstitucional.

Nessa perspectiva penal garantista, os princípios e garantias constitucionais penais e processuais penais, tais como a legalidade, da taxatividade, da irretroatividade da lei maléfica, do *non bis in idem*, da igualdade, da proporcionalidade, da fragmentariedade, da culpabilidade, da ressocialização, do devido processo legal, do estado de inocência, da paridade de armas, da não autoincriminação, são alguns exemplos de instrumentos que assume importante papel de combate a eventuais abusos das decisões judiciais.

A previsão desses princípios e garantias, exprime os fundamentos que baseiam a ordem democrática do Brasil, e uma vez observados pelo poder punitivo estatal há uma aproximação daquilo que se espera de um Estado social e democrático de direito real, e não meramente formal, respeitosos aos direitos humanos, cabendo ao intérprete exigir e respeitar a sua plena observância, sob pena do risco da vigência de uma razão de Estado e não de direito.

2.2 O conceito de culpabilidade e sua função em um Estado Democrático de Direito: relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A culpabilidade não está prevista expressamente como uma das garantias fundamentais constitucionais, mas não se pode duvidar do seu caráter antropocentrismo e da sua qualidade de um direito fundamental implícito, haja vista que a Constituição Federal traz as bases do sistema penal garantista que vige no Brasil, sendo a culpabilidade essencial na

⁷ Trata-se, segundo Ferrajoli, de poderes de fato, cuja simples existência testemunha, com frequência, a prevalência da força sobre o direito. Podem se apresentar da forma micro e macro, caracterizando formas mais descontroladas e ilimitadas das quais podem ser prejudicados subvertidos os mesmos poderes jurídicos e a ordem global do Estado de direito. (FERRAJOLI, 2014, p.858)

individualização da pena, garantindo assim a manutenção da dignidade humana em casos aflitivos.

Trata-se de um limite à intervenção estatal, que exercendo seu poder na concretização da segurança social, coloca o indivíduo no centro do direito penal, no momento do exercício do seu juízo de reprovação pessoal pela prática de alguma conduta vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, sem, no entanto, esquecer das garantias individuais do autor do injusto penal, que devem ser preservadas. (FLORÊNCIO FILHO, 2017, p.50)

Olivé, Paz, Oliveira e Brito, traçam um conceito de culpabilidade ao afirmar se tratar de um pressuposto iniludível da pena, de base dogmática, encontrado no seio da teoria do delito, fazendo referência a elementos que dizem respeito ao autor de determinado fato criminoso, no sentido de só poder o Estado aplicar uma pena a um indivíduo em situações em que o mesmo poderia ter evitado certa conduta. (OLIVÉ, PAZ, OLIVEIRA, BRITO, 2011, p.435)

Ao traçar o conceito de culpabilidade deve-se considerar que a ela é atribuída tríplice concepção, como princípio do direito penal, impeditivo do avanço de um direito penal objetivo, como elemento do conceito analítico de crime e como limite da pena, assegurando parâmetros humanitários a imposição da pena pelo poder estatal. Assim, pode-se dizer que, comumente, a culpabilidade é conceituada como o juízo de censura, interno ou externo⁸, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, garantindo uma concepção minimalista e garantista do direito penal. (GRECCO, 2009, p.119)

A culpabilidade é a base que sustenta o direito penal moderno, que deve ser visto e aplicado de acordo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, servindo de fundamento e limite da imputação, subjetivando os critérios de aplicação da pena. Assim, a pena não pode ser imposta levando-se em consideração apenas a ideia de resposta adequada às necessidades sociais, mas deve ser uma resposta justa, sempre considerando a individualidade do homem e da situação fática.

Considerando que a culpabilidade e seus elementos é que operam a atribuição de responsabilidade a um sujeito por uma fato típico e antijurídico, deve-se reconhecer sua relevância como um dos aspectos fundamentais para o sistema de controle penal, e de igual maneira para o sistema do Direito Penal. Isto porque a culpabilidade não é só um problema do indivíduo imputado, e sim do próprio Estado no tocante a sua legitimidade e capacidade de exigir responsabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade deflagra para o Estado a necessidade de demonstrar sua condição para exigir do indivíduo o cumprimento das normas jurídicas e, evidentemente, tal

⁸ O juízo de censura interno é aquele visto sob o enfoque do agente que praticou o injusto penal, ou seja, aquela situação em que o próprio agente teria o sentimento de reprovabilidade do comportamento por ele praticado. Já o externo, é a avaliação realizada, pelo aplicador da lei, pelo julgador da ação. (GRECCO, 2009, p.117-118)

capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado. (SPOSATO, 2013, p.130)

Os direitos dos homens não podem ser violados para assegurar determinados interesses políticos e sociais, sob pena de se fomentar um direito de exceção, onde cada vez mais os direitos fundamentais do indivíduo serão colocados em segundo plano sob a justificativa da pacificação social.

Assim, a culpabilidade assume papel de extrema importância na teoria do direito desta fase da modernidade, já que, como afirma Sposato, serve de limitação ao poder de castigar do Estado, seja como critério individualizador da pena, legitimando ou não a necessidade de reação penal. É através da ideia de culpabilidade que se atribui ao agir humano a característica que o torna culpável e, conseqüentemente, punível. (SPOSATO, 2013, p.121)

Como Princípio, a culpabilidade surge de forma implícita no moderno constitucionalismo, e se expressa na premissa *nulla poena sine culpa*, decorrente do princípio da legalidade, visando, desta forma, afastar a objetividade da imputação, garantindo uma análise penal subjetiva, preservando a individualização da pena. Assim, estabelece-se, através desse princípio, uma relação pessoalizada entre o fato exteriorizado e o comportamento humano, excluindo-se a responsabilidade pelo resultado e pelo risco e, graduando-se a pena de acordo com a participação de cada indivíduo no que toca a sua conduta.

Binder assinala que o princípio da culpabilidade nasce para evitar toda forma de responsabilidade objetiva, seja a responsabilidade pela mera causalidade ou pela existência de certos atributos pessoais ou de periculosidade. Diz que a responsabilidade objetiva está vedada pelo princípio da culpabilidade, pois gera uma autorização indeterminada para o uso da reação violenta do Estado. (MELLO, 2010, p.100)

Pretende-se com o princípio da culpabilidade afastar a coisificação do homem pelo Estado, que na hipótese de se adotar uma postura objetiva acaba por considerar o homem como um fim em si mesmo, mas sim, um fim para os outros, para as pretensões sociais e do Estado. A sua introdução no direito penal humaniza este ramo do direito, tornando-o garantista, e impondo ao Estado limites intransponíveis.

A função da culpabilidade é individualizar a imputação, legitimando a pena, fazendo prevalecer a autonomia ética do indivíduo frente a utilidade social, não se adequando a ideia de uma resposta adequada a uma necessidade social, mas sim, uma resposta justa a conduta exercida pelo indivíduo decorrente de sua autonomia. (MELLO, 2010, p.100)

No direito penal a ideia de culpa detém maior relevância do que nos demais ramos do direito, uma vez que a culpabilidade está ligada diretamente à aplicação da pena, a garantia ou

não da liberdade do indivíduo, e, conseqüentemente, a dignidade humana. Trata-se de forma de repúdio a qualquer espécie de responsabilização pelo resultado, de forma objetiva, bem como da exigência de se imputar uma conduta a um indivíduo, aplicando-lhe uma pena, apenas quando a mesma lhe for reprovável. (BATISTA, 2007, p. 103)

A culpabilidade também pode ser apreciada como elemento da estrutura analítica do crime, levando-se em consideração a adoção de uma concepção tripartida. Nesse sentido seu conceito formal está ligado a ideia de imputação do fato ilícito a um determinado indivíduo, autorizando a aplicação da pena. Trata-se de pressuposto da pena, sem a qual a imputação não será cabível, já que o Estado só poderá exercer seu *jus puniendi* a quem poderia ter evitado determinada conduta.

Identificar uma conduta como típica e antijurídica, ou seja, como injusto penal, apenas expressa que o fato realizado por determinado sujeito é desaprovado pelo direito, não autorizando que o mesmo deva responder pessoalmente por isso, sendo necessário, para tanto, a verificação a existência ou não da sua culpabilidade. (GRECO, 2009, p.119)

Muito importante a ideia de que a culpabilidade deve ser individualizada, não devendo ser utilizado o paradigma do homem médio para a sua aferição, tendo em vista que o Estado de Direito garante e tutela uma diversidade entre os homens não compatível com a padronização de condutas consideradas ou não culpáveis de acordo com a valoração e convicção do magistrado.

O juízo comparativo de culpabilidade a partir do cidadão médio não cumpre a sua missão individualizadora, pois as características essenciais para definir se o sujeito é culpável não estão na pessoa acusada, mas na figura abstrata do homem imaginado. As características postas em relevo são as do sujeito ideal, e este modelo termina por ser de um Direito Penal da culpabilidade termina por ser um direito penal que censura e desrespeita a diferença. Por esta razão a culpabilidade deve abandonar a figura do homem médio, e buscar seu fundamento no homem individualizado e concreto [...]. (MELLO, 2010, p. 324)

Isto significa, em homenagem ao princípio da igualdade material, a necessidade de se resguardar a aplicação e análise da culpabilidade observando-se seu conceito material, ou seja, levando-se em consideração as nuances do caso concreto, devendo, o juízo de culpabilidade levá-las em consideração, e não um padrão adotado por cada magistrado como modelo social a ser seguido, espelhado na sua realidade, que não se compatibiliza com a pluralidade e tolerância que devem existir em um Estado Democrático de Direito.

A análise da culpabilidade não deve ser moral, mas, sim, jurídica, ou seja, deve haver um limite à moralização do direito penal quando da análise do injusto. Não se deve julgar o indivíduo adotando-se uma visão maniqueísta, de bem e mal, que acaba tendendo para uma

postura hobbesiana de que a essência do homem é de um ser mau. Esse não foi o entendimento constitucional, ao adotar uma postura garantista de presunção da inocência do acusado até prova em contrário, estabelecendo, desta forma, implicitamente, a necessidade da existência da culpabilidade para a sua condenação.

Como elemento do crime deve-se atentar para o fato de que a análise da culpabilidade não deve levar em consideração o padrão do homem médio, já que não deve ser confundida com prevenção. Tanto a ideia de prevenção geral negativa, baseada na intimidação de outros indivíduos, no que toca o cometimento de figuras típicas, como a prevenção geral positiva, no sentido do resgate da confiança das instituições, na norma e no poder punitivo estatal, levam em consideração a sociedade como um todo e não o indivíduo submetido ao juízo penal.

No que toca à prevenção especial, a mesma não tem o poder de substituir a função da culpabilidade, já que visaria a não reincidência do indivíduo, colocando de lado as peculiaridades do caso concreto, afastando o caráter humanizador contido na análise da culpabilidade.

Há, no entanto, diversas teorias, como o funcionalismo sistêmico de Jakobs⁹, que fundamentam a culpabilidade na finalidade preventiva da pena e na estabilização normativa, desenhando um modelo *output*, baseando a culpabilidade em elementos estranhos ao seu conceito e a sua essência, instrumentalizando o homem a serviço do impedimento da prática de crimes, sem a verificação das razões e capacidades individuais que levaram o sujeito a praticar determinado crime. (MELLO, 2010, p. 347)

O conceito material de culpabilidade é essencial para a individualização da pena, constituindo o seu fundamento jurídico-constitucional, já que leva em consideração os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, delimitando o direito penal dentro de parâmetros garantistas. Além disso, detém também a função de adequar um juízo de imputação àquilo que um Estado de Direito exige, afastando qualquer tipo de intolerância e discriminação, respeitando as diferenças que possam existir em uma sociedade plural. (MELLO, 2010, p.357)

Verifica-se assim, que a culpabilidade, atendendo ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, serve de limite e fundamento da pena, sendo essa sua função central, legitimando a sua aplicação ao limitar a responsabilidade à capacidade individual de motivação conforme o direito, resguardando o homem da sua funcionalização em função de qualquer fim social.

⁹ Para Jakobs, culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas. Assim, a culpabilidade de um autor não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social. A culpabilidade seria mera adstrição segundo necessidades preventivas gerais, desaparecendo o freio a tais necessidades exorbitantes. (ROXIN, 2008, p.73/143)

A função preventiva e a culpabilidade estão sempre em estado de tensão, já que a culpabilidade serve de limite à finalidade preventiva do poder punitivo estatal, não se confundindo, nem integrando o seu conceito material, já que não gera qualquer barreira ao avanço da intervenção punitiva.

A culpabilidade material coloca-se justamente na passagem entre as finalidades preventivas em abstrato e a imposição da pena a um indivíduo concreto, impedindo, dessa maneira, que a utilidade social seja utilizada indiscriminadamente para ofender a dignidade humana do sujeito individual. (MELLO, 2010, p.410)

A situação de desigualdade manifesta-se de diversas maneiras em uma sociedade democrática e plural, não devendo ser esquecida quando da análise da culpabilidade de pessoas desiguais, para que tais situações não se configurem em práticas discriminatórias, atentatórias contra a dignidade da pessoa humana. O magistrado deve ter a sensibilidade de verificar o déficit de igualdade existente em uma sociedade e considerar as peculiaridades do caos concreto ao se avaliar a culpabilidade de cada agente. (MELLO, 2010, p.395)

Interessante a reflexão trazida pelas teorias das subculturas criminais, que ao se opor ao princípio da culpabilidade, ao afirmar que existem valores e regras ligados a determinados grupos sociais (subculturas), acaba negando que o delito possa ser considerado reflexo de uma negativa social àquilo que é contrário aos valores e normas dominantes em uma determinada sociedade. Entende, que a escolha a um sistema de valores é apenas aparente, uma vez que, a realidade, condições sociais, culturais, estruturais, mecanismos de aprendizagem, acabam por tornar colocar determinados indivíduos como pertencentes a certos subgrupos e subculturas, a quem são transmitidos e aderidos determinados valores, que mesmo ilegítimos, passam a fazer parte da personalidade dos membros desses subgrupos. (BARATTA, 2016, p.73-74)

Nesse contexto, importante destacar que os valores encontrados em uma sociedade democrática são relativos, não homogêneos, não devendo prevalecer, na aplicação da norma, aqui se incluindo a de natureza penal, uma integralidade, mas, sim, uma posição compatível com o entendimento de um grupo majoritário, destacando valores de um grupo setorizado que, por vezes, pode não corresponder ao ideal propugnado pela ordem constitucional de determinado Estado.

Não se deve esquecer que no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, conjuntos de valores e regras sociais comuns, bem como valores e regras específicas de grupos diversos e antagônicos. Por sua vez, o direito penal não exprime somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas as seleciona entre aqueles valores e modelos que, por sua vez, podem se modificar de

acordo com os grupos sociais ou através da sua construção, pela via legislativa, ou através das decisões provenientes do poder judiciário, da polícia e das instituições penitenciárias. (BARATTA, 2016, p.75-76)

Assim, o sistema penal conhece não só valorações e normas conformes às vigentes na sociedade, mas também defasamentos em relação a elas. Nesse sentido, frequentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas, e antecipações em face das reações da sociedade, a exemplo da perseguição de delitos que não suscitam uma apreciável reação social, ou retardamentos, no que toca àqueles casos em face dos quais a reação social não é mais apreciável. (BARATTA, 2016, p.75-76)

[...] uma sociologia historicista e crítica mostra a relatividade de todo o sistema de valores e regras sociais, em uma dada fase de desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e de antagonismo entre grupos sociais, e por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas do direito penal. (BARATTA, 2016, p.75-76)

A adoção de um conceito material de culpabilidade, considerando as peculiaridades de um caso concreto no momento da formação do juízo de culpabilidade, levaria em consideração a pluralidade existente em uma sociedade democrática, analisando os valores penais preponderantes na sociedade de forma crítica, e não como verdades absolutas que devem prevalecer sem considerar as nuances e particularidades de cada caso, amenizando, desta forma, a ideia de uma rígida linha artificial existente entre uma atitude interna conforme e positiva e uma conduta desviante¹⁰, reprovável, que detém sua base na ascensão de valores ligados a uma determinada classe dominante.

Considerando que a dignidade faz parte da essência humana e que consiste em um conjunto de atributos inerentes ao homem, é que os direitos fundamentais foram inseridos na Constituição Federal como reflexo da opção estatal de posicionar o homem no centro de suas decisões e não como instrumento para se alcançar os interesses sociais.

¹⁰ A visão relativizante da sociologia coloca em crise, assim, a linha artificial de discriminação que o direito assinala entre atitude interior conformista (positiva) e atitude desviante (reprovável), sobre a base de assunção acrítica de uma responsabilidade do indivíduo, localizada em um ato espontâneo de determinação pelo ou contra o sistema institucional de valores. Esta distinção entre atitude interior positiva e atitude interior reprovável, que remete ainda ao fundamental princípio do bem e do mal que caracteriza a ideologia penal, é feita também sobre a base de uma assunção acrítica do conjunto de valores e dos modelos de comportamento protegidos pelo sistema penal, como o conjunto de critérios positivos de conduta social compartilhados pela comunidade ou pela grande maioria dos consórcios. Uma minoria desviante representaria, ao contrário, a culpável e reprovável rebelião a respeito destes valores, orientando o próprio comportamento, mesmo podendo fazer diversamente, por critérios e modelos que não teriam natureza ética, mas ao invés, seriam a negação culpável do mínimo ético protegido pelo sistema penal (ideologia da maioria conformista desviante, ideologia da culpabilidade, ideologia do sistema de valores dominante). (BARATTA, 2016, p.74-75)

Menezes pontua que os limites do sistema jurídico são definidos pela constituição e, sendo o direito penal parte integrante desse sistema deve, também, observar tais limites. Assim, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 assegura em seu preâmbulo que a liberdade, segurança e a justiça são valores supremos de uma sociedade fraterna, devem os mesmos serem observados pelo Poder Judiciário no momento da tomada de suas decisões no âmbito penal, uma vez que incidirão, necessariamente, sobre a liberdade e segurança do indivíduo. Assim, atendendo a tais valores, as decisões judiciais deverão ter fundamentação ampla, tendo como base a orientação constitucional, devendo a análise da culpabilidade e sua exculpação considerar todas as hipóteses possíveis, mesmo não estando discriminadas de forma taxativa na norma penal. (MENEZES, 2008, p.172)

[...] se num código penal, o do Brasil, por exemplo, o estoque de normas exculpantes não responde às demandas de justiça que a natureza do caso concreto reclama e se a constituição que lhe dá validade elege a justiça como um valor diante do qual a indiferença do aplicador da lei é um sem sentido lógico, isso significa que a lacuna do código penal equivale a um *silêncio* que implica no *consentimento* de produzir justiça a qualquer custo, e não a qualquer custo recompor a vigência da norma. (MENEZES, 2008, p.172)

Assim, a limitação do poder estatal na sua atividade punitiva é essencial para a concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, exercendo a culpabilidade essencial papel limitador na expansão da atividade punitiva, já que prega a obediência a critérios de imputação pessoal, demonstrando, desta forma, seu caráter eminentemente garantista.

Sua importância reside no fato de que se trata da principal garantia de que o Estado somente poderá aplicar uma pena às condutas que o autor poderia ter evitado, considerando aspectos pessoais do acusado, devendo a interpretação judicial quanto a existência das suas exculpantes considerar as peculiaridades do caso concreto, interpretando a norma penal, que trata de tais hipóteses, de forma ampla e segundo os valores constitucionais supremos da liberdade, segurança e justiça.

2.3 Da teoria psicológica à teoria normativa pura da culpabilidade: preocupação com a dignidade humana X poder punitivo do Estado

A origem da culpabilidade está ligada a uma base psicológica, vinculando subjetivamente o autor ao fato externo, como forma de resposta aos absurdos decorrentes do regime político absolutista. Visava-se proteger as pessoas dos abusos exercidos pelo poder

monárquico através da exaltação dos princípios da igualdade, da legalidade e humanidade da pena.

Representa o ideal dessa fase a obra do Marquês de Beccaria, um dos precursores da escola clássica penal, que visando superar as arbitrariedades do antigo regime traz, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, o princípio da culpabilidade como condição implícita, porém lógica, da aplicação da pena determinada pessoa.

Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão. (BECCARIA, 1999, p.30)

Em sua obra Beccaria não estabelece uma conceito dogmático para a culpabilidade, mas, ao estabelecer uma crítica política ao modelo penal autoritário da época, inaugura uma racionalidade penal moderna, auxiliando a demarcar aqueles princípios que passariam a reger a dogmática penal iluminista, valorizando o ser humano. Nesse sentido, idealizado no princípio da legalidade, passa a considerar a necessidade de alguém ser considerado culpável para que seja condenado e para que lhe seja aplicada uma pena. (RIBEIRO, 2014, p.64-65)

Importante destacar que o direito penal sofre uma divisão temporal em dois grandes períodos bastante distintos: um marcado pelo terror, onde não existia preocupação com a humanização da pena, verificando-se uma violência sem limites, sem se observar qualquer garantia ao homem face o direito de punir do Estado; o outro, de caráter liberal, refletido no pensamento iluminista, marcado pela inclusão da cientificidade no direito penal, que se deu início com a construção do Princípio da legalidade (FLORÊNCIO FILHO, 2017, p.45)

No que toca a legalidade, em que pese ter sido condição indispensável para o surgimento da dogmática penal¹¹, sendo a base das normas de caráter criminal, não foi suficiente para a preservação da dignidade humana do direito penal. Basta pensar que, com base na mera legalidade, determinada pessoa pode ser responsabilizada por certo resultado lesivo sem ter contribuído pessoalmente para o seu acontecimento. (MELLO, 2010, p.99)

Tornaram-se necessárias garantias adicionais que limitassem o poder punitivo estatal, afastando qualquer tipo de critério objetivo de imputação, ainda que fixados pela lei,

¹¹ O princípio da legalidade já foi descrito como um princípio dos princípios, como valor fundante do direito penal, que representa a condição primeira para o desenvolvimento de toda a dogmática penal deste direito. Tal afirmação de nenhuma maneira espelha qualquer erro. Com efeito, o princípio da legalidade possui um significado formal fundamental para a dogmática penal, porém igualmente importante é o seu sentido material. Pois bem, é dessa dicotomia que brotam todos os demais princípios e instituições do direito penal, o que faz com que ele seja apontado como “princípio dos princípios” com justa correção, já que sem ele a dogmática penal não poderia ter contornos que possui na atualidade. (BRANDÃO, 2012, p.147-148)

resguardando os princípios fundamentais da liberdade e igualdade que são característicos da dignidade humana, já que inatos a qualidade do homem.

A culpabilidade surgiu com o fim de se tentar afastar a apreciação objetiva da responsabilidade e garantir uma análise pessoal e subjetiva de cada situação concreta, tornando-se base do direito penal moderno, fundamentando e limitando a imputação, gravitando sua ideia em torno da ideia de dignidade humana. (MELLO, 2010, p.97)

Seria, portanto, necessária a construção, no âmbito da intervenção punitiva, de critérios de imputação pessoal que respeitassem a dignidade humana. Ascende, então, um dos pilares do Direito Penal contemporâneo, um novo capítulo na história da intervenção punitiva, uma nova categoria na Teoria do Delito, um novo critério de imputação e responsabilização pessoal: a culpabilidade, que passou a ser identificada como um dos predicados do Direito Penal próprio de um Estado de Direito, um dos símbolos de respeito à autonomia e racionalidade do homem, e um limite à intervenção estatal. (MELLO, 2010, p.96)

Nesse sentido a primeira noção técnico analítica da culpabilidade, identificada como elemento subjetivo do delito foi delineada por Francesco Carrara, que classificou o crime como um ente jurídico, formado por elementos que ligam o fato à norma, caracterizado pela presença da força física (aspecto objetivo) e da força moral (aspecto subjetivo ou psicológico), na qual estaria inserida a culpabilidade. A força moral representaria a própria causa, constituindo a moralidade da ação, formada pela presença de quatro requisitos que refletem externamente aquilo que o homem operacionaliza internamente: conhecimento da lei, previsões dos efeitos, liberdade de eleger e vontade de agir. (RIBEIRO, 2014, p.65-66)

Feuerbach, na Alemanha, também dividia o delito em duas partes, uma objetiva e outra subjetiva, esta, configuradora da culpabilidade, causa do fato externo pelo desejo antijurídico do agente. Para a sua condenação seria necessário que tivesse conhecimento da antijuridicidade e da punibilidade. (RIBEIRO, 2014, p.67)

Em que pese Carrara e Feuerbach terem firmado a lógica estrutural da culpabilidade psicológica, a mesma só foi reconhecida com o sistema Liszt/Beling, que sob a influência do positivismo científico, firmou a culpabilidade como categoria lógica e autônoma, desvinculada da ideia de ilicitude, que antes eram confundidas dentro da estrutura do delito. Desta forma, a culpabilidade passa assumir uma função dogmática, ampliando os requisitos a serem atendidos para aplicação da pena, limitando o poder punitivo estatal. (MELLO, 2010, p.117-118)

Franz von Liszt alavancou a culpabilidade à categoria autônoma dentro da Teoria do Delito. A dogmática penal vigente no início do século XX distinguia o injusto como a parte

objetiva do crime e a culpabilidade como aquela destacada pelo seu caráter psicológico. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.290)

Para este critério o injusto configurava-se como causação física de um resultado socialmente danoso, e a culpabilidade era causação psíquica deste mesmo resultado, que podia assumir a forma de dolo (quando se queria causar o resultado antijurídico) ou de culpa (quando o mesmo sobrevinha como consequência de imprudência, negligência ou imperícia). O que, em definitivo, se devia investigar para saber se havia delito eram dois nexos causais: um físico (a conduta causou o resultado?) e outro psíquico (há uma relação psicológica entre a conduta e o resultado?). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.375-376)

A teoria psicológica da culpabilidade, fundada na relação causa-efeito, estabelece uma relação psíquica entre autor e o fato punível, concentrando os elementos objetivos no injusto penal e os subjetivos na culpabilidade¹², estabelecendo uma estrutura bipartida do crime. Dolo e culpa faziam parte da culpabilidade, supondo, necessariamente, a imputabilidade do agente e a imputação do resultado.

A Beling coube, em 1906, separar, dentro do injusto, tipicidade e antijuridicidade. Para ele a proibição era a de causar o resultado típico, e a antijuridicidade era o choque da causação desse resultado com aquilo previsto pela ordem jurídica, que deveria ser comprovado com a falta de permissão para causar o resultado.

Em que pese a evolução no sentido de subjetivar a culpabilidade e, conseqüentemente, a imputação, algumas críticas recaíram sobre a teoria psicológica pura.

Os defeitos do conceito psicológico de culpabilidade determinaram seu abandono: a culpabilidade como relação psíquica do autor com o fato é incapaz de abranger a imprudência inconsciente, em que não existe relação psicológica do autor com o fato; além disso, a estrutura psicológica do conceito é insuficiente para valorar situações de anormal motivação da vontade, hoje definidas como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso. (SANTOS, 2012. p.275)

Verificou-se que a relação psicológica entre agente e resultado era insuficiente para fundamentar a culpabilidade, já que haveria alguns tipos que apesar de existir uma relação psicológica plena, dolo, não haveria culpabilidade. Desta forma a culpabilidade não se limitaria ao dolo e culpa, a uma valoração psicológica empírica, devendo haver uma valoração na sua estrutura. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.348)

Se a culpabilidade apenas fosse constituída por dolo e culpa, tornar-se-ia impossível afastar a culpabilidade. Desta forma, deveria existir alguns elementos que integrassem a

¹² *En los comienzos de la dogmática moderna (desde 1880) se está ante la separación de lo “externo”, e de lo “objetivo” y “subjetivo” (véase supra parágrafo 11 i). Todo lo externo-objetivo se asignó a la antijuridicidad, todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad; la culpabilidad debía se “la relación anímica del autor com el resultado. (HANS WELZEL apud FLORÊNCIO FILHO, 2017, p.55)*

culpabilidade que estivessem fora do dolo. Verifica-se que a culpabilidade psicológica não respeita a dignidade humana, por não agregar direitos fundamentais ao seu conceito. Deve-se pontuar que trata-se de um conceito claro, preciso, separado sistematicamente de outros elementos analíticos, justificando, cientificamente, uma imputação pessoal e subjetiva, porém baseado em um direito penal finalista, o que acaba por objetivar e coisificar o homem. (MELLO, 2010, p.126)

Assim, o conceito psicológico da culpabilidade traz certas lacunas que acabam por atingir a dignidade do homem, dificultando sua sustentação doutrinária, mormente diante da necessidade mundial de colocar o homem como centro de todas as decisões que possam ser adotadas. Verificam-se falhas, tais como a falta de precisão ao se indicar quais fatos seriam psíquicos e por que teriam natureza psicológica; a ausência de fundamentação e distinção entre dolo, intenção e imprudência; a ausência de explicação para culpa inconsciente, e dificuldade de se reconhecer e compreender a vontade viciada ou anormal (RIBEIRO, 2014, p.70-71)

Diante de tais lacunas a teoria psicológica pura foi perdendo espaço diante do avanço da ideia dos direitos fundamentais, que ganhou uma perspectiva positiva em complemento à ideia negativa já existente. O direito, por sua vez, passou a ser defendido como uma ciência que deveria conter valores e conteúdo, perdendo o seu caráter naturalístico, antes defendido. (MELLO, 2010, p.131)

Assim, Lask trata a ciência do direito como aquela ligada a valores e fins que se distanciam da característica naturalística. Radbruch, por sua vez, compreendia o direito como de estrutura formada não apenas por valores, mas também de conteúdo e de nexos significativo entre valores que detivessem real relevância social. (MELLO, 2010, p.132)

Mas foi com Mayer que o conceito de culpabilidade começou a ganhar feições normativas/valorativas. Para ele a culpabilidade seria da vontade, já que, como juízo de valor, seria uma qualidade da vontade humana, demonstrando uma transição do modelo clássico para um neoclássico, ou neokantiano. Deixa de ser a culpabilidade considerada como mero vínculo psicológico entre o autor e o fato, para ganhar contornos valorativos, na medida em que passa a representar uma censura ou reprovação sobre o próprio autor do fato. Assim, dolo e culpa passaram a ser acompanhados por elemento valorativo (MELLO, 2010, p.132)

Porém a concepção de Mayer ainda permitia as violações à dignidade humana, uma vez que os juízos de valor moral ainda ficava a cargo exclusivo do magistrado, sem qualquer baliza normativa que vinculasse as decisões àquilo que estaria tipificado.

Foi com Reinhard Frank, que a culpabilidade ganhou feição individualizadora e garantista ao se ampliar os limites do poder punitivo estatal. Ao sintetizar a culpabilidade como reprovabilidade, afastando a ideia de que bastava para a sua configuração a existência do nexó psíquico entre autor e resultado, atribui-se a Frank a paternidade da teoria psicológica-normativa. (FLORÊNCIO FILHO, 2017, p.64)

Frank trouxe as seguintes contribuições à culpabilidade e a sua evolução: concebeu-a como reprovação de vontade defeituosa, afastando a ideia de que o dolo e a culpa seriam seus únicos elementos; considerou a imputabilidade como elemento da culpabilidade e defendeu a ideia de que a mesma deveria ser graduada de acordo com a existência ou não de “circunstâncias concomitantes”, que poderia diminuir ou até afastar a sua existência.

A culpabilidade seria assim um fenômeno complexo, formado por elementos de duas naturezas, subjetivos e normativos, que comporiam a reprovabilidade. A culpabilidade deveria ser individualizada, a partir de circunstâncias concretas do indivíduo e de suas condições, sendo insuficiente a sua análise apenas com base na intenção do sujeito e no homem abstratamente considerado. (MELLO, 2010, p.139)

As ideias de Frank foram desenvolvidas e primoradas por Goldschmidt e Freudenthal. O primeiro defendia que as normas jurídicas de conduta externa corresponderiam a um “dever-ser”, que deveriam orientar a conduta interna dos sujeitos e, quando não observadas, constituiriam a culpabilidade. Assim, centra a ideia da culpabilidade na violação do dever-ser, já que a doutrina normativa da culpabilidade apenas indica que a culpabilidade não é uma simples relação psíquica do autor com a ação antijurídica, mas sim uma valoração do fato psíquico.

Assim, como a valoração da ação contida no juízo de reprovação de antijuridicidade, permaneceria mesmo quando todas as suas características típicas fossem ‘descritivas’ ou ‘cognitivas’, manteria-se a aferição dos motivos contidos no juízo de demérito, que significa reprovabilidade, mesmo quando a culpabilidade e as causas de exculpação estejam tipificadas legalmente de maneira inequívoca.¹³

Além de entender como Frank que a culpabilidade é graduável de acordo com a medida de liberdade, e que sua gravidade é determinada segundo o grau de motivação correspondente à exigibilidade, Goldschmidt entende que a culpabilidade é o máximo limite

¹³ *La característica "normativa" de la culpabilidad debe ser siempre una vinculación normativa del hecho psíquico. P. MERKEL y SAUER van demasiado lejos cuando definen la culpabilidad como el 'juicio de desvalor' pronunciado sobre el estado anímico. Más bien se debe decir que la característica normativa de la culpabilidad es el sentido de este juicio de desvalor, esto es, la 'relación modal' en la que el estado anímico, o sea la motivación, está frente a la escala de valores aplicada; y ella (la relación modal) llega a ser, por la admisión del carácter absoluto de esta escala, una calidad de la motivación, precisamente de su censurabilidad. (GOLDSCHMIDT, 2002, p.88-89)*

da exigibilidade, fundamentando a causa de exculpação, desde que a motivação anormal ou contrária à norma de dever-ser não seja penalmente reprovável. Há, assim, uma fundamentação normativa às causas de exculpação, que passam a ser distintas das causas de justificação. Falha, no entanto, ao utilizar o homem médio como parâmetro para análise da motivação normal afastando a análise da culpabilidade de uma perspectiva individual. (MELLO, 2010, p.141)

Freudenthal, por sua vez, desenvolveu o conceito de exculpação supralegal, contribuindo para a teoria psicológica-normativa ao afirmar que existiriam casos em que a culpabilidade seria excluída ainda que houvesse dolo. Ressalta o conceito de possibilidade de atuar de outro modo, pontuando que há diferença entre a valoração jurídica do dolo e aquele proveniente da linguagem popular são diferentes. Assim, as decisões judiciais deveriam levar em conta, na análise do caso concreto, meios para adequar a lei à justiça do caso particular.

A grande contribuição dada por Freudenthal refere-se a relação existente entre poder e exigibilidade, no sentido de que se não há poder, não há dever, não havendo reprovabilidade e, conseqüentemente, culpabilidade. Diferencia-se de Goldschmidt porque esse relaciona culpabilidade com violação de dever, enquanto que Freudenthal relaciona violação com ausência de poder.

Importante ressaltar que o raciocínio de Freudenthal é no sentido de que os juízos de tipicidade e antijuridicidade estão relacionados ao fato, enquanto o de culpabilidade está voltado ao autor do fato, direcionado a entender os fatores individuais que levaram o agente ao cometimento do injusto. Há uma consonância da concepção individual de culpabilidade por ele formulada, com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, que coloca o homem como centro de suas decisões. Percebe-se uma humanização do sentimento de justiça¹⁴ por ele desenvolvido, que seria atingido através da consonância do conceito de culpabilidade com os direitos fundamentais, por meio da individualização da análise da inexigibilidade de outra conduta no caso concreto.

¹⁴O sentimento de justiça do caso concreto desenvolvido por Freudenthal revela um humanismo e uma valorização da fragilidade humana diante de determinadas circunstâncias, de tal maneira que é manifesta e evidente correlação entre a concepção de culpabilidade e respeito aos direitos fundamentais do indivíduo. A inexigibilidade passa a ser um apanágio utilizado em benefício do acusado, moderando a intervenção penal. A margem discricionária do juiz no caso concreto e a busca em atender ao apelo popular são utilizadas sempre com o escopo de reduzir a potestade punitiva do Estado, e garantir a individualização da imputação, não apenas para reduzir a pena, mas também para impor um juízo de absolvição em nome da impossibilidade de se exigir um comportamento conforme o direito no caso concreto. Com Freudenthal, formam-se os contornos do neokantismo que individualiza o juízo de culpabilidade, e que contrasta com teses normativistas generalizadoras, surgidas posteriormente, como aquelas desenvolvidas por Eberhard Schmidt e Mezger. (MELLO, 2010, p.146)

No que toca ao conceito de culpabilidade, a teoria psicológica-normativa ainda trouxe as contribuições de Eberhard Schmidt¹⁵ e Mezger¹⁶, porém acabam pecando por resvalar a análise do juízo de culpabilidade tendo como base o homem médio, sendo esta a base no momento da imputação.

Em que pesem os avanços trazidos pela teoria psicológica-normativa, tais como identificar a insuficiência do dolo e da culpa como únicos elementos da culpabilidade e inserir elementos normativos de censura e reprovação da conduta como necessários à análise do caso concreto pelo magistrado, a apreciação do “poder atuar de outro modo” continuou tendo como parâmetro o padrão do homem médio, insuficiente para se atingir a plenitude da dignidade humana, principalmente diante da pluralidade e multiculturalidade da sociedade.

Assim, em meados da década de 30, começam a surgir os primeiros trabalhos que passaram a separar dolo da culpabilidade, atribuindo-se a esta última uma concepção apenas normativa/valorativa. Deveu-se a Hans Welzel o deslocamento do dolo da culpabilidade para a tipicidade.

A partir da ideia de que o ser humano é capaz de autodeterminar-se, defendeu a ideia de que sua conduta não deveria se conformar apenas com um impulso de vontade, mas também com seu conteúdo e direção. Para Welzel, como a razão é capaz de prever resultados, toda ação humana é dirigida a um fim lícito ou ilícito, ocupando-se o direito penal das ações orientadas para uma finalidade capaz de lesionar, de alguma forma, a organização social. Assim, o comportamento humano tem natureza final, já que é direcionado a determinado resultado.

Com o finalismo o conceito de dolo passa a ser aquele natural, não valorativo, inserido como elemento do tipo. O dolo, junto com a imprudência foram deslocados da

¹⁵ Segundo Jakobs, Eberhard Schmidt, desenvolveu um conceito de culpabilidade a partir de um elemento generalizador, determinando a culpabilidade como sendo uma atitude associal do autor, cuja comprovação depende da possibilidade de o autor chegar a ser consciente da danosidade social de seu comportamento. Além disso, é requisito da culpabilidade em Eberhard Schmidt a possibilidade de se exigir um comportamento conforme ao direito em lugar do ilícito efetivamente realizado, e esta exigência se dá por aquilo que poderia fazer um cidadão médio, embora, naturalmente, levando em conta as capacidades psico-físicas cognoscíveis do autor. (MELLO, 2010, p.147)

¹⁶ [...] Mezger conceitua a culpabilidade como um conjunto de pressupostos que fundamentam a reprovação pessoal do autor pelo fato punível que tenha cometido. (...) Percebe-se que a complexidade do conceito de culpabilidade em Mezger reside no fato de que o juízo de culpabilidade acerca do fato e de seu autor se baseia em um conjunto de pressupostos fáticos e normativos. Os pressupostos fáticos (situados na pessoa do agente) constituem uma determinada situação de fato da culpabilidade. Mas o juízo de culpabilidade também é, de acordo com sua essência e de conformidade com um a concepção normativa de culpabilidade, um juízo valorativo acerca desta situação de fato, e não uma mera concepção psicológica de culpabilidade. (...) No entanto, por mais que Mezger sustente a existência de uma culpabilidade jurídica, e não moral, seu juízo de culpabilidade, ainda arrimado sobre pressupostos do causalismo, permite não apenas uma visão moralizante da culpabilidade, como generaliza a imputação a partir do paradigma do homem médio. (MELLO, 2010, p.148-150)

culpabilidade para a tipicidade. A potencial consciência da ilicitude, por sua vez, passa a integrar a culpabilidade.

Partindo-se da ideia de que o homem tem o poder de atuar de outro modo, o finalismo concebe a culpabilidade como um juízo de reprovação que recai sobre a resolução da vontade do homem, já que ele poderia direcionar sua vontade no sentido de obedecer à vontade normativa. Só o que depende da vontade do homem pode ser censurado como culpável, sendo tal análise graduável de acordo com a importância que tenha a exigência da norma e a dificuldade ou facilidade que teve o autor de atender o quanto nela disposto. Assim, além de integrar o conceito analítico de crime a culpabilidade também é medida da pena. (MELLO, 2010, p.158)

Com o finalismo, a culpabilidade passou ser composta pelos seguintes elementos normativos de natureza intelectual e volitiva: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, através da análise do caso concreto. Quando o sujeito não for capaz de atuar conforme o direito, seja pela falta de capacidade, pela ausência do seu elemento intelectual ou volitivo, não se poderá falar em culpabilidade.

Assim, seguindo a evolução das teorias que tratam da culpabilidade, visando a limitação da imputação penal e a preservação da dignidade humana, o conceito da culpabilidade finalista se preocupa com o caráter e personalidade do agente e, na tentativa de humanização e individualização da pena, insere na sua estrutura o conceito de “poder atuar de outro modo”, baseado na ideia de liberdade de vontade, na possibilidade de reger seus atos de acordo com seus sentidos.

3 A CRISE DA CULPABILIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

O capítulo em questão traz questionamentos sobre quais seriam as bases da crise instaurada sobre o conceito e a análise da culpabilidade, e as consequências da perda da importância e do abandono da sua verificação no momento da aplicação da pena, decorrentes do esquecimento da sua natureza de direito fundamental e do seu papel limitador ao avanço do poder punitivo estatal.

3.1 Os conceitos de “livre-arbítrio” e de “poder atuar de outro modo” como supostas bases da crise instaurada sobre o conceito de culpabilidade

A vontade humana, segundo as hipóteses de livre-arbítrio, normalmente é livre e incondicionada, já que todos os seres racionais detêm a faculdade de se autodeterminar, sendo donos de suas ações. Assim, considerando tal aspecto, a culpabilidade consistiria no fato de que um responsável por um delito “poderia atuar de outra forma”. (FERRAJOLI, 2014, p.452)

Seguindo essa linha de posicionamento, a concepção finalista de culpabilidade foi alvo de determinadas críticas, por se tratar de uma construção dogmática que se mostrou afastada da política criminal, bem como pela indeterminação do conceito de poder atuar de outro modo que, por sua vez, está relacionado com a ideia de livre arbítrio. O finalismo trouxe, mais uma vez, a discussão acerca do livre-arbítrio¹⁷ como fundamento da culpabilidade ao preconizar que a razão possui capacidade de prever resultados, organizando-se o homem para atingir determinado fim.

Por sua vez, analisando-se a culpabilidade finalista, pode-se perceber que a mesma encontra-se em consonância com uma concepção de dignidade da pessoa humana, valorizando-se o homem como titular e portador de direitos fundamentais, livre para atuar da forma que entender cabível em determinadas situações, liberdade essa que deverá ser analisada no momento do juízo de reprovação da culpabilidade. (MELLO, 2010, p.174)

Contudo, no que se refere ao livre-arbítrio, manteve-se uma crítica contundente acerca da dificuldade ou até mesmo impossibilidade da sua verificação empírica, sobre a

¹⁷ A cadeia de pensamentos parece não apresentar lacunas: o conteúdo de uma reprovação da culpabilidade implica sempre na constatação de que o culpável tinha uma alternativa para a conduta em relação à qual se faz a reprovação à ele, que podia agir de outro modo. Se ele não tinha uma alternativa, não há nenhum substrato, nenhuma parte da conduta no tempo e no espaço, em relação à qual ele poderia ter cometido um erro. Consequentemente, ele mesmo deve ter conduzido a conduta que lhe é reprovada, ela não pode ter sido conduzida (integralmente) por outro. Isto é, ele deve ter tido a possibilidade de formar livremente a vontade e de agir livremente. Sem o livre arbítrio não há alternativa à conduta, sem alternativa à conduta não há reprovação da culpabilidade. (HASSEMER, 2005, p.305)

possibilidade ou não de determinada pessoa ter atuado de outra maneira diferente daquela por ele praticada em determinada situação. Deve-se lembrar que a conduta humana caracteriza-se pela sua irrepetibilidade de forma idêntica. (MELLO, 2010, p.171)

Faz-se necessário, no entanto, analisar a forma como se verifica o “não poder atuar de outro modo”, que variará de acordo com uma postura determinista ou indeterminista, vinculada ao livre-arbítrio.

O problema, antiquíssimo, é a alternativa entre determinismo e livre arbítrio, opção que tem penetrado a história inteira do pensamento filosófico ocidental. Segundo as hipóteses deterministas e suas múltiplas variantes (fatalistas, teleológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas etc), todo fenômeno – e, portanto, não só as ações, mas também a intenção (ou seja, a soma de conhecimento e vontade) de realizá-las – é efeito necessário e, por isso, inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social, condicionadas, por sua vez, por outras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes e condicionadas numa espécie de espiral para o infinito. Contrariamente, segundo as hipóteses do livre-arbítrio, a vontade humana é normalmente livre e incondicionada, no sentido de que todos os seres racionais têm a faculdade de autodeterminar-se e são pais e donos de suas ações. (FERRAJOLI, 2014, p.452)

A escola clássica defende que o homem tem a faculdade de determinar-se, escolhendo entre a ação e a inação, detendo liberdade para optar a forma como agir, devendo prestar contas pelas consequências advindas do seu poder de opção, que poderá ser reduzido ou não existir, a depender de causas internas ou externas que atuam sobre essa determinação. A escola positivista, por sua vez, não aceita a ideia do livre arbítrio, considerando que a mesma não deve superar a existência de causas físicas, fisiológicas e psíquicas, que impelem o indivíduo a todo instante a deliberar e atuar de determinada maneira. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.440)

Assim, segundo hipóteses deterministas, o cometimento do delito estaria ligado ao fato de ter agido de determinada forma, por não existir possibilidade distinta da forma como procedeu, que será motivada por causas que independem da vontade do agente. Já para quem defende o livre-arbítrio, desde que não tenha havido constrangimento externo e desde que a pessoa tenha capacidade psíquica, o delito seria consequência da sua vontade, já que, caso desejasse, “poderia atuar de outro modo”. (FERRAJOLI, 2014, p.453)

Em realidade, a questão do livre-arbítrio em Welzel, vem reacender um debate já antigo entre deterministas e indeterministas na doutrina penal. O autor finalista aponta a autodeterminabilidade como pressuposto de culpabilidade, a partir de uma concepção antropológica de ser humano “determinado” e ser livre: “a compreensão antropológica de que o homem como ser determinado à autorresponsabilidade está existencialmente em condições de formar de maneira finalista (adequada aos

sentidos) a dependência causal dos impulsos”, e assim traz à tona um conflito inacabado na doutrina penal. (RIBEIRO, 2014, p.91)

Para os deterministas não importaria a intencionalidade da ação e a imputabilidade do agente, adotando-se uma postura de responsabilidade objetiva. Para os que defendem o livre-arbítrio, o elemento psicológico acaba sendo valorado como central do delito, configurando-se um direito penal subjetivo. (FERRAJOLI, 2014, p.454)

Ambas as situações são combatidas de forma a caminhar para a dissolução da culpabilidade. Tal discussão entre deterministas e indeterministas ganha novos contornos com os avanços da neurociência, que concluíram que o indivíduo experimenta algo conscientemente, o cérebro já faz seu trabalho, induzindo o caminho do processo decisório, o que nos leva a questionar se as ações que escapam ao nosso controle entrariam ao não no conceito de responsabilidade. (RIBEIRO, 2014, p.91)

Analisando-se as teorias deterministas, considerando que todo delito é resultado de impulso irresistível, percebe-se uma dissolução do princípio da culpabilidade, ao adotar-se um posicionamento voltado à defesa e a prevenção social, dispensando a valoração dos movimentos interiores do sujeito, ignorando a sua personalidade e do perigo objetivo que representa. (FERRAJOLI, 2014, p.454)

Percebe-se, assim, um esvaziamento do princípio da culpabilidade naquelas orientações que valoram exclusivamente as orientações subjetivistas, criando-se um direito do autor, que passa a ser julgado pela conduta de vida, gerando uma subjetivação ética e voluntarista do sistema penal, quanto processual penal, sendo a maldade do autor percebida aos olhos do julgador. (FERRAJOLI, 2014, p.455)

Fica clara que a discussão travada entre deterministas e indeterministas paira sobre o questionamento da existência da hipótese de se abandonar a teoria da responsabilidade pessoal e da culpabilidade, levando em consideração que o juízo de reprovação estaria comprometido já que a análise judicial acerca da existência do livre-arbítrio seria falha, uma vez que se trataria de uma missão além da capacidade humana. (RIBEIRO, 2014, p.92)

Depois de um período aparentemente calmo, no qual os partidários do indeterminismo pareciam ter ganhado a batalha, a crise instalou-se no conceito de culpabilidade. Desde meados do século XX, distintos setores científicos dedicados ao estudo do comportamento humano – como a psicologia ou a psicanálise – tem realizado investigações que colocaram definitivamente em dúvida a possibilidade de comprovação do livre-arbítrio, questionando com isso as bases do conceito normativo da culpabilidade. Para este conceito, toda a culpabilidade é construída sobre um juízo de reprovação sobre quem, podendo ter atuado conforme o Ordenamento Jurídico, o fez livremente de uma maneira distinta. Em outras palavras, baseia-se em avaliar a liberdade de escolha do indivíduo no momento da

comissão do delito. O ser humano contaria com a capacidade de autodeterminação, moral livre e responsável; seria capaz de decidir pelo direito e contra o crime. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 440)

Importante destacar que extremismos, tanto subjetivistas como objetivistas, acabam convergindo para resultados decisionistas e substancialistas, de caráter antigarantista.

A força sedutora dessas duas orientações provém de que seus efeitos antigarantistas – ademais de ser reflexo, como todos os esquemas substancialistas do obscuro lugar-comum do delinquente como “diferente” (“doente” ou “inimigo”), ao qual se tem de enfrentar enquanto tal – parecem estritamente coerentes com as duas hipóteses filosóficas que lhes dão impulso e que se beneficiam, por sua vez, do aparentemente óbvio: o determinismo e não a liberdade de querer que fazem com que sintamos injusta a culpabilização subjetiva do agente por ações independentes de sua vontade e que sugerem o seu tratamento como se fosse um doente ou um animal perigoso; o livre-arbítrio não condicionado, que torna paralelamente injusto limitar o objeto da pena às manifestações contingentes e causais do autor, em lugar de estendê-lo à sua personalidade perversa, investigando-a e castigando-a por sua forma geral de ser. (FERRAJOLI, 2014, p.456)

Nesse sentido a culpabilidade se coloca em uma posição de destaque, uma vez que serve para evitar ambos os paralogismos, tanto o determinista, que desvincula o fato delituoso da culpabilidade, quanto o indeterminista, que afasta a culpabilidade do fato delituoso, impondo uma estrutura regulativa às proibições penais, determinando que o proibido por estas seja a comissão ou a omissão de uma ação e não de um *status* ou condição de vida do sujeito e que tais normas sejam anteriores a conduta proibida. (FERRAJOLI, 2014, p.457)

O “poder atuar de outro modo” recebe crítica tanto em relação a sua indemonstrabilidade, quanto a sua insustentabilidade político-criminal, uma vez que, no que se refere ao primeiro aspecto, seria impossível realizar essa constatação nos sentidos do “se”, “quanto” e “quando” poderia realizar tal poder. A reprodução no processo daquela situação que aconteceu em determinado momento, necessitaria colocar os agentes na mesma situação fática para gerar as condições à uma análise acerca da possibilidade de se atuar de outro modo.

A repetição de determinado evento com fidelidade absoluta não é compatível com a dinâmica do tempo, já que situações passadas não são capazes de se repetir de forma idêntica como realmente se passaram, principalmente pela evolução/mutação sofrida pelo próprio sujeito envolvido na situação analisada.

No que toca às consequências de política criminal, levando-se em consideração a indemonstrabilidade da situação concreta, todas as vezes que o acusado alegasse a impossibilidade de se atuar de outra forma, e o contrário não fosse comprovado, o princípio da presunção da inocência levaria a sua absolvição, o que não seria suportado pelo sistema, que acaba devendo respostas à sociedade. (MELLO, 2010, p.172-173)

As dificuldades de se demonstrar empiricamente a existência do livre-arbítrio levaram a críticas ao finalismo e seus parâmetros de liberdade, o que acarretou, a análise, pelos tribunais alemães, “do poder atuar de outro modo” a partir da conduta do homem médio, tendo como base a experiência, afastando a individualização e subjetivação proporcionadas pela utilização dos dados da situação concreta, garantindo, o que, para os julgadores garantiria critérios mais seguros para a sua verificação. (MELLO, 2010, p.172)

Ainda tendo em vista a dificuldade da demonstração do poder atuar de outro modo, a culpabilidade finalista foi apreendida pelos tribunais alemães a partir da consideração do poder atuar de outro modo do homem médio, acabando por generalizar o critério de análise da culpabilidade, incompatíveis com a individualização da imputação, e com os critérios a serem seguidos para se resguardar os direitos fundamentais e a dignidade humana.

Assim, uma parcela dos penalistas alemães, tais como Wilhelm Gallas, Hans Joachim Hirsch e Hans Heinrich Jescheck, passaram a basear a culpabilidade em um critério social-comparativo, utilizando-se a representação ideal do livre-arbítrio a partir de uma pessoa modelo, considerando-se a liberdade como fundamento da pena e, como tal, irrenunciável no que toca a sua valoração no momento da aplicação da pena. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.442)

Deve-se considerar também que a tese do homem médio sofre críticas quanto a escolha desse padrão pelo órgão julgador, que ao adotar um barema pode levar o Estado, no exercício do seu poder punitivo, a se posicionar de forma discriminatória e preconceituosa.

A censura ao sujeito, nessas condições, é alicerçada pela discrepância entre a sua individualidade e a paradoxal “individualidade padrão” estabelecida pelo juiz no caso concreto, o que priva o cidadão da sua liberdade e da sua autonomia ética, pois deixa em aberto o conteúdo daquilo que se considera o comportamento ideal do cidadão médio. E essa abertura conduz ao arbítrio, ao preconceito, à intolerância. A inexistência de critérios normativos claros permite que o cidadão médio seja qualquer um, desconsiderando os direitos fundamentais e a tolerância com as diferenças, a partir da “boa ou má digestão do juiz”, como já reafirma Beccaria. (MELLO, 2010, p.219)

Segundo Hassemer, um conceito generalizante do poder atuar de outro modo, considerando os fins penais preventivos¹⁸, faz com que o direito penal acabe por servir à política criminal, atendendo aos seus anseios, e deixando de lado a sua função limitadora do avanço do Poder Punitivo Estatal. Fran v. Listz, no entanto, designou o direito penal como a

¹⁸ Para Hassemer este fins penais preventivos seriam a ressocialização do autor, a intimidação do potencial autor, a estabilização da consciência normativa da população. (HASSEMER, 2005, p.312)

“Carta Magna do delinquente”, cujo limites não podem ser ultrapassados pela política criminal, firmando uma verdadeira relação disfuncional¹⁹. (HASSEMER, 2005, p.313)

Assim, pensar em um direito penal onde as necessidades preventivas superem à culpabilidade, é conduzir tal conceito a uma culpabilidade de autor e não em relação ao ato praticado. A culpabilidade é medida que legitima a pena, devendo reger toda reação punitiva estatal, por ser princípio norteador de um direito penal garantista.

Vale ressaltar, no entanto, que uma conduta generalizante não era a pretensão do finalismo defendido por Welzel, mormente diante do seu posicionamento acerca da necessidade de se realizar uma análise individualizada, verificando-se as condições particulares de determinada pessoa em uma situação específica. (WELZEL *apud* MELLO, 2010, p.175)

Importante pontuar posicionamento de Hassemer no que toca o perigo da funcionalização do direito penal ao adotar um “poder geral”, sem uma teoria concretizante que trate de um padrão a ser seguido na análise da culpabilidade, e da consequente adoção, pela moderna dogmática penal, dos fins das penas, como parâmetro a ser seguido. (HASSEMER, 2005, p.312-313)

Diante de toda essa discussão travada em torno da possibilidade, ou não, de se comprovar o “poder atuar de outro modo”, determinados autores, tal qual Arthur Kaufmann, ainda defendem o livre arbítrio como fundamento da pena, mesmo diante das dificuldades probatórias já colocadas, tendo em vista ser negativa a aceitação de uma culpabilidade não baseada na liberdade. (KAUFMANN *apud* OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.440)

O que se percebe, na realidade, é que a real base da crise da culpabilidade vai além do problema jurídico de se viabilizar a prova do poder atuar de outro modo, deitando suas raízes no próprio conceito de determinismo, ao se afirmar que a conduta humana não se baseia apenas nas suas escolhas, mas também naquilo que previamente condiciona o homem.

Deve-se destacar que para alguns deterministas, tal qual Hume, aquilo que previamente condiciona o homem trata-se de uma necessidade que já existe na mente do sujeito, decorrente de impressões retiradas da uniformidade dos eventos que acontecem no mundo ao seu redor, ou seja, resultado da repetição de resultados idênticos. Há, na análise da

¹⁹ [...] o Direito Penal não tem que se adaptar à Política Criminal, não pode ser seu subsistema (funcional), mas tem que opor-se a ela, ele tem que freá-la e caso necessário impedi-la. Esta é uma concepção de Política e Direito própria de um Estado de Direito e da divisão de poderes. Se o direito penal cai como limite entre o criminoso e a Política criminal, isto é, se se funcionaliza o Direito Penal pela Política Criminal, atrelado aos fins desta, então o delinquente encontra-se sem proteção formalizada aos interesses políticos que pretendem tratá-lo e melhorá-lo e intimidar os demais através da sua pessoa. O Direito Penal é a única proteção que o criminoso tem não só face aos interesses político-criminais, mas também em face da vítima e de todos aqueles que se vêm como vítimas; esta proteção é tanto mais necessária, quanto o fato do delinquente não puder expressar seus interesses políticos e conflitivos [...]. (HASSEMER, 2005, p.313-314)

conduta, um raciocínio não só dedutivo, partindo do geral para o particular, mas também indutivo, partindo do particular para o geral, havendo uma influência das impressões e necessidades particulares na tomada das decisões de determinado sujeito. (BUSATO, 2011, p.3)

Há influência daquilo que ocorre no mundo sobre a análise da culpabilidade. Nesse sentido, o direito penal acaba recebendo influência da política criminal adotada por determinado ordenamento jurídico, moldando-se as suas necessidades, e abrindo mão das suas garantias. Desta forma, buscando-se efetivas soluções de política criminal através do direito penal, o princípio da culpabilidade vem perdendo o seu poder fundamentador e limitador da pena, colocando em risco as garantias e os direitos fundamentais do acusado, que acaba sendo julgado pela necessidade do sistema, e não pela sua efetiva culpabilidade²⁰.

3.2 O fortalecimento do direito penal do inimigo diante do abandono da análise da culpabilidade

A política penal, que passou a ser confundida com a política criminal, sofreu, nas últimas décadas uma transformação regressiva, já que, de um estágio evoluído de abolicionismo e de reducionismo, passou para uma fase de expansão do poder punitivo e de conceitos como direito penal do Inimigo. (ZAFFARONI, 2016, p.13)

Há quem entenda que existe uma crise do estado social em matéria criminal, já que vem se traçando linhas coerentes com um direito penal da colocação em risco, caracterizado pelos fenômenos expansionistas do “direito penal simbólico”²¹ e do “ressurgir do

²⁰ *Pero cuando la pena no parece una respuesta adecuada a la culpabilidad, hay instituciones como la dispensa de pena, la amonestación con reserva de pena, las amplias facultades para sobreseer tempranamente el proceso penal, que em el moderno derecho penal permiten desconectar la pena de la culpabilidad o que incluso impiden pronunciar em veredicto de culpabilidad. Y cuando el interés de un correcto tratamiento del autor de un delito así lo exige, la medida puede ejecutarse antes que la pena com la cual fue impuesta conjuntamente, e incluso llegar a sustituirla por completo. El moderno sistema penitenciario, basado em la idea del tratamiento, tiende, por su parte, a debilitar las diferencias entre establecimiento penitenciario y hospital. En suma: ante el creciente interés politicocriminal em la producción de consecuencias favorables mediante el derecho penal, el principio de culpabilidad va perdiendo cada vez más el poder de fundamentar o de medir la pena sobre la base de la culpabilidad. (HASSEMER, 1999, p. 51-52)*

²¹ Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito Penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão só erseguem o objetivo de dar a “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta, ou dito em uma nova formulação, que há uma discrepância entre os objetivos invocados pelo legislador – e os agentes políticos que conformam a maioria deste – e a “agenda real” oculta sob aquelas declarações expressas. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.79)

punitivismo”²², que constituem linhagem do direito penal do Inimigo. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.76-77)

[...] o Direito Penal simbólico não identifica um determinado ‘fato’, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como ‘outros’, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do <<outro>>. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um positivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal [...]. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.76-77)

Importante destacar os contornos que a ideia ôntica²³ de inimigo recebeu com o positivismo criminológico de Garófalo, para quem o direito penal teria como objeto a defesa contra os “inimigos naturais da sociedade”, devendo esta última produzir algo parecido com a seleção natural de Darwin e, conseqüentemente, eliminar os inimigos através de penas sem delitos correspondentes, não se resumindo à ideia de inimigos apenas os criminosos graves, mas também os indesejáveis, caracterizados como classes perigosas. (ZAFFARONI, 2016, p. 93-94)

Segundo Jakobs o direito penal do Inimigo se caracterizaria por um amplo adiantamento da punibilidade, levando-se em consideração como ponto de referência o fato futuro (prospectiva), em vez de se adotar uma perspectiva retrospectiva, analisando-se o fato cometido. Além disso, caracteriza-se também pelo fato das penas previstas serem desproporcionalmente altas, bem como pela relativização ou supressão de determinadas garantias processuais. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.90)

Nesse sentido, o inimigo recebe um tratamento diferenciado ao lhe negar a sua condição de pessoa, por se tratarem de seres perigosos e daninhos. Assim, tais seres humanos são considerados pelo direito como inimigos da sociedade, perdendo o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, não observando os direitos humanos. (ZAFFARONI, 2016, p.11)

Assim, o direito penal do inimigo pensado por Jakobs teria como característica habilitar o poder punitivo de maneira distinta para os cidadãos e de outra para os inimigos,

²² [...] o recurso ao Direito Penal não só aparece como instrumento para produzir tranquilidade mediante o mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não ser aplicadas, mas que, em segundo lugar, também existem processos de criminalização “a moda antiga”, isto é, a introdução de normas penais novas com a intenção de promover a sua efetiva aplicação com toda a decisão, isto é, processos que conduzem a normas penais novas que sim são aplicadas ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.80)

²³ O inimigo não é tratado como mero produto de sinalização política, não se trata de um ato de poder que o individualiza, pretendendo-se, desta forma, que sua natureza surja da sua própria existência, dos próprios fatos. Desta forma estaria fora da arbitrariedade política. O inimigo seria aquele que anda na má vida.

reservando o caráter de pessoa apenas para os primeiros, excluindo os segundos dessa condição, colocando-os em uma posição de desmerecimento da aplicação das regras de um direito penal liberal.

Nesse sentido da separação do homem em duas classes, merecedoras de tratamento distintos, verifica-se afronta direta ao princípio da igualdade, bem como uma aproximação da ideia de *Homo Sacer*²⁴ idealizado por Giorgio Agamben. Não se deve perder de vista que a separação do homem em classes e a colocação de uma parte deles como simples “vida nua”, ou seja, mera coisa viva, sem direitos; e a outra como cidadãos, titulares de direitos, serviu de base para o regime nazista, podendo, na modernidade, caso não contida tal ideia, fundamentar o afastamento de normas de direito para a contenção de situação etiquetadas como necessárias e excepcionais.

No que toca ao conceito de necessidade, deve-se lembrar que *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei, ou seja, ou a necessidade não reconhece nenhuma lei ou a necessidade cria sua própria lei, significando, desta forma, que qualquer decisão poderá ser tomada contra a regra, tornando-se lícito algo ilícito. (AGAMBEN, 2016, p.40)

A teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei. A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma: aquele que, em caso de necessidade, age além do texto da lei, não julga a lei, mas o caso particular em que vê qual a letra da lei não deve ser observada [*non indicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse*]. O fundamento último de exceção não é aqui a necessidade, mas o princípio segundo o qual toda lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei [*vim et rationem legis*]; à medida que, ao contrário, faltar isso, perderá sua força de obrigação [*virtutem obligandi non habet*]. (AGAMBEN, 2016, p.41)

A construção do direito do penal do inimigo, aliada à alegação de necessidade, acaba afastando a aplicação da lei e da norma penal, mesmo a constitucional, sob o fundamento de que em determinado caso a lei não deve ser aplicada, numa tentativa de incluir a exceção no âmbito do ordenamento jurídico, ainda que contra *legem*.

Nesse sentido, Jakobs, ao criticar a culpabilidade finalista, apenas baseada na normatividade, pontua que a construção de paradigma a ser seguido na análise da culpabilidade é irreal, afirmando que a quem se conduz de modo desviado não se deve ser oferecer garantia de um comportamento pessoal, não devendo ser tratado como cidadão, mas sim como inimigo. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.47)

²⁴ Pessoa posta fora da jurisdição humana. (AGAMBEN, 2007, p.79)

Como se tem mostrado, a personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída contrafaticamente como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que o contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.40)

Utilizando-se a mesma ideia do inimigo, Silva Sanchés desenvolveu a ideia das velocidades penais, onde a primeira seria a aplicação das penas privativas de liberdade, mantendo-se os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos, a segunda velocidade estaria relacionada àquelas infrações a que se impõem as penas pecuniárias e restritivas de direitos, havendo uma maior flexibilização dos princípios e regras penais, tendo em vista a menor gravidade das sanções. O direito penal do inimigo estaria enquadrado em uma terceira velocidade, onde as penas privativas de liberdade coexistiriam a uma flexibilização dos princípios políticos-criminais e as regras de imputação. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p.92)

Analisando-se o avanço do direito penal do inimigo percebe-se uma certa concessão do Estado liberal ao Estado absoluto, debilitando, desta forma, o modo orientador do Estado de Direito, que é a bússola que traça o caminho do poder jurídico para que supere eventuais defeitos das normas. Percebe-se que a questão que suscita a presença do inimigo da sociedade no direito penal é de caráter político, tratando os seres humanos de acordo com o perigo ou dano que representam. (ZAFFARONI, 2016, p.13-16)

Assim, pode-se dizer que a existência de um direito penal do inimigo não é uma criação de Jakobs, mas uma realidade cada vez mais evidente e preocupante, tendo em vista o seu avanço que, para Francisco Muñoz Conde, reflete o medo e a insegurança que estejam presentes em cada sociedade, refletindo um posicionamento funcionalista sistêmico, uma questão de coerência interna do subsistema penal em face do sistema jurídico global constituído por princípios e direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição nas declarações universais dos direitos humanos. A existência do direito penal do inimigo é inquestionável visto que se trata de uma situação fática já concretizada na sociedade moderna, havendo questionamentos, no entanto, quanto a sua compatibilidade com o sistema do Estado de Direito, bem como o reconhecimento e respeito dos direitos fundamentais. (CONDE, 2012, p.28)

Em que pese questionamentos acerca da existência ou não da compatibilidade do direito penal do inimigo²⁵ com o Estado de Direito, percebe-se, na prática, uma tendência, da modernidade, à expansão desse fenômeno, contrariando os princípios liberais, os direitos fundamentais, bem como princípios basilares do direito penal, dentre os quais podemos destacar o da legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, bem como princípios de caráter processual penal, que garantem ao acusado um devido processo legal.

Percebe-se, desta maneira, o abandono da apreciação dos princípios constitucionais penais, em benefício de um direito penal excepcional. Nessa situação, insere-se o avanço da não apreciação da culpabilidade em benefício de aplicação de penas mais duras, não individualizadas, apenas pelo fato de determinado acusado não se ajustar a um padrão de homem pré-definido com base em convicções pessoais do julgador.

Os modernos que defendem a aplicação do direito penal do inimigo o fazem com base na alegação de que a contenção como indivíduo perigoso só será feita apenas na estrita medida da necessidade, para neutralizar o seu perigo, deixando em aberto a possibilidade do seu retorno, mantendo todos os seus outros direitos. O que não se pode esquecer é que a invocação de uma necessidade pode se transformar em regra, na medida em que a mesma deixa de observar a lei e limites. Dessa situação gerar-se-á a incerteza, já que se mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento que a análise de quem é o inimigo é realizada. Assim, percebe-se que a análise do grau de periculosidade do inimigo, ficará na dependência de um juízo subjetivo e individualizador daquele que exerce o poder. (ZAFFARONI, 2016, p.25)

Jakobs, por sua vez defende que tal tratamento ao inimigo, como se em uma guerra estivesse, é realizado de forma delimitada, privando o inimigo apenas daquilo que é estritamente necessário para neutralizar o seu perigo, nada impedindo a sua requalificação como cidadão, momento em que todos os demais direitos serão reincorporados a sua personalidade, havendo ainda uma limitação daqueles considerados como inimigos, levando-se em consideração, no entanto, uma necessidade que não conhece leis nem limites. (ZAFFARONI, 2016, p.161)

Deve-se considerar, no entanto, que tais limitações recaem sobre os princípios do Estado de Direito, impostas pela estrita medida de uma necessidade, recaindo na ideia da exceção, que não reconhece leis, nem limites.

²⁵ O direito penal do inimigo relembra muito o Direito Penal do Autor, que propugnaram os penalistas nazistas, segundo a qual a relevância não era o fato delitivo cometido, e sim a “perversão”, inclinando ou tendência ao delito, ou periculosidade criminal que pudesse ter o autor. (CONDE, 2012, p.41)

Por mais que relativizemos a ideia, quando distinguimos entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não pessoas), estamos nos referindo a seres humanos que são privados de certos direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas. *Esta distinção não é uma invenção gratuita da Jakobs nem de nenhum outro doutrinador moderno, mas sim uma consequência necessária da admissão das medidas de segurança.* (ZAFFARONI, 2016, p.162)

É certo que diante do avanço do direito penal do inimigo, Jakobs propôs contenções ao mesmo, porém a partir de uma visão estática da realidade e do poder. Nesse sentido idealizou um espaço limitado ao direito penal do inimigo que, por sua vez, não é respeitado na prática, tendendo ao desaparecimento do Estado de Direito e a preponderância do Estado de polícia, que acaba por ocupar todo espaço concedido, avançando até um Estado absoluto.

A dialética é simples: quando não se caminha no sentido do Estado de Direito, há um avanço do Estado de polícia, o que leva à redução e eliminação dos direitos e garantias penais. Assim, percebe-se que a eliminação e o enfraquecimento da análise da culpabilidade pode ser tratada como um fenômeno que decorre do direito penal do inimigo, ao possibilita o Estado o abandono da regra da análise individualizada da pena, ao permitir um endurecimento da mesma apenas pelo fato do acusado se enquadrar no conceito de inimigo.

Não se deve esquecer a lição de Ferrajoli de que o princípio da culpabilidade é configurado como um princípio normativo que impõe uma estrutura regulativa às proibições penais das quais requer tanto que o proibido por estas seja a comissão ou a omissão de uma ação e não de um *status* ou uma condição de vida do sujeito, como que a comissão ou omissão da ação seja anteriormente proibida. (FERRAJOLI, 2014, p.457)

[...] podemos conceber a culpabilidade, tal como acontece, por um lado, com a ação e com o resultado lesivo, como um elemento normativo não do autor, mas do delito, do qual designa, mais do que uma conotação psicológica, uma modalidade deontica e, além disso, alética: o dever de abster-se de realizá-lo com base na possibilidade material da sua omissão ou da sua comissão. (FERRAJOLI, 2014, p.458)

O que se deve ter em mente é que os efeitos esperados da aplicação do direito penal do inimigo também poderão ser alcançados sem o afastamento das garantias e respeito pela dignidade humana. Nesse sentido, cabe ao aplicador da lei penal, seja ele jurista, político ou intelectual respeitar os direitos fundamentais, não deixando que os mesmos sejam vulnerados em nenhuma hipótese, afastando eventuais abusos e eliminando a definição e julgamento do inimigo com base em seus interesses, que espelham, convicções políticas, econômicas, ideológicas ou raciais. (CONDE, 2012, p. 76-79)

Diante de uma realidade em que o direito penal passou a ganhar legitimidade frente a uma perspectiva argumentativa com base no que seja justo para a sociedade, observa-se o

ressurgimento e o crescimento do direito penal do inimigo e, conseqüentemente, o desrespeito aos preceitos penais garantistas, que são colocados em segundo plano, quando não esquecidos, em benefício de uma estabilização social que não se preocupa com os meios adotados para seu alcance. Porém, sob uma perspectiva constitucional garantista, não se pode perder de vista que o homem deixa de ser mero objeto da intervenção penal, para ter direitos contra o Estado, sendo o reconhecimento e o respeito a tais direitos indispensáveis a uma adequada intervenção penal.

3.3 O funcionalismo Penal de Roxin e Jakobs e o seu tratamento à culpabilidade como solução à crise instalada

A crise instalada no conceito de culpabilidade, para diversos setores científicos do comportamento humano, teve como ponto central a discussão acerca da possibilidade de comprovação do livre-arbítrio, colocando em cheque o conceito normativo da culpabilidade, e a ideia de que a culpabilidade é construída em cima da ideia de um juízo de reprovação sobre quem, podendo atuar de outra forma, agiu, livremente, em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Como alternativa ao fundamento da culpabilidade como a “possibilidade de atuar de outro modo”, um grupo pequeno de penalistas defendeu algumas concepções de culpabilidade do autor e não do fato, baseado no modo de vida do autor e não no fato criminoso, assegurando, desta forma a manutenção da culpabilidade, apenas deslocando o juízo de censura do fato para o modo de vida do autor, considerando, desta forma, sua personalidade e a forma de condução da sua vida. (MELLO, 2010, p.205-206)

Ocorre, no entanto, que teses dessa natureza pecam por serem incompatíveis com a concepção da dignidade humana, já que a responsabilidade do homem passa por atributos que escapam a qualquer possibilidade de escolha ou evitação, correspondendo a uma verdadeira responsabilidade objetiva, bem como a uma instrumentalização do homem. Não se pode extrair a culpabilidade a partir de defeitos de caráter que se manifestam na sua personalidade ou na condução da sua vida. (MELLO, 2010, p.207)

Ainda diante da complexidade de se provar, na situação concreta, a liberdade na tomada de decisão no sentido do agente ter agido ou não conforme a norma penal e, visando observar a dignidade humana, alguns penalistas alemães passaram a apresentar soluções no enfrentamento de tal problema. Algumas delas sustentaram a ideia de dotar a culpabilidade de

novo conteúdo material, outras trouxeram a ideia de reduzir tanto suas dimensões jurídicas como suas funções²⁶.

Foi-se construindo um conceito de culpabilidade, a partir de uma tendência funcionalista, levando-se em consideração a função de cada elemento da composição do delito, baseado na ideia de superação do conceito e na ideia fundante do “poder atuar de outro modo”, tendo em vista a sua indemonstrabilidade.

Vale ressaltar que a jurisprudência alemã coloca como da essência da culpabilidade o fato de que “o autor decidiu em favor do ilícito, apesar de ser possível comportar-se licitamente, decidir-se em favor do direito” (BCHSt 2, 200), ou seja, o “poder agir de outro modo” o elemento essencial da culpabilidade, fundado no poder de autodeterminação do homem, no livre-arbítrio. (ROXIN, 2008, p.145)

A base real da verificação da culpabilidade continua sendo, assim, sempre a idoneidade para ser destinatário de normas, não a liberdade de ação humana. Aquele que parte unicamente desta, acaba por sobrecarregar-se desnecessariamente com problemas pertinentes a outras ciências. Afinal, ainda que alguém quisesse recusar a liberdade de ação enquanto convenção normativa, por considerá-la uma ideologia idealista, ele ainda poderia e teria de recorrer ao critério da idoneidade para ser destinatário de normas como o núcleo da culpabilidade, uma vez que este critério é o único acessível à comprovação forense. Aquele que, apesar de destinatário idôneo de normas, as viola, tem seu comportamento imputado à culpabilidade. Tal se trata de um princípio jurídico geralmente aceito, que, como outras regras jurídicas basilares (tais como a obrigatoriedade dos contratos ou o princípio da igualdade), não necessita de ulterior problematização. (ROXIN, 2008, p.149)

Reconhecendo a dificuldade de comprovação do “poder agir de outro modo”, tentando compatibilizar tal entendimento com sua teoria, Roxin dispõe que a consciência da liberdade tem como base uma convenção social, que se reconhece àquelas pessoas que podem se orientar segundo as normas, tratando-se a liberdade de decisão uma regra de jogo social, uma postulação normativa, mas não um fato comprovável. (ROXIN, 2008, p.147)

Nesse sentido, Roxin, considerando a insustentabilidade do “poder atuar de outro modo”, bem como o fato de que a existência do livre-arbítrio é cientificamente indemonstrável, via nas necessidades preventivas uma garantia adicional à culpabilidade, que passaram juntas a se reunirem na ideia de responsabilidade. A pena seria imposta ao cidadão porque ele é responsável e para tanto deve ter tido a possibilidade de se atuar com liberdade. No entanto, reconhece que o conceito de livre-arbítrio e o poder de atuar de outra maneira não

²⁶ A culpabilidade é pressuposto ou condição prévia imprescindível para a imposição da pena. Neste processo cumpre uma série de importantes funções: a culpabilidade cumpre uma função garantidora, restringindo o “*jus puniendi*” estatal, excluindo a responsabilidade objetiva; a culpabilidade só pode ser admitida pelo fato, e não pelo autor; detém a culpabilidade missão limitadora da responsabilidade criminal, fixando um limite superior infranqueável para qualquer tipo de pena; e detém a função de excluir a pena. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.450-451)

são demonstráveis empiricamente. Assim, para fugir da problemática da comprovação da liberdade, recorre a um conceito empírico normativo de culpabilidade, tendo como base constatação na capacidade de controlar impulsos psíquicos acompanhado da dirigibilidade normativa, através da análise da possibilidade de conformação da norma ao caso concreto.

Por conseguinte, a culpabilidade é um conceito misto, de natureza empírica e normativa. Empírica, porque a capacidade de autocontrole e de reagir a exigências normativas podem ser comprovadas a partir das regras da experiência. Normativo, pois a possibilidade de atuação de conformidade com o direito é apreensível num processo penal concreto a partir daqueles dados empíricos. Assim, se tem o autor capacidade para reagir ao estímulo normativo, imagina-se que tem ele capacidade de comportar-se conforme ao direito. Logo, é culpável quando não se comporta de acordo com nenhum das alternativas possíveis de comportamento que lhe são psiquicamente acessíveis para evitar o cometimento do ilícito. Em suma, a culpabilidade, para Roxin, é formada pela soma de dois elementos: a capacidade de autocontrole, como elemento empírico, e a possibilidade de conduta conforme a exigência do direito, como elemento normativo. (MELLO, 2010, p. 239)

Assim, a culpabilidade deixaria de ser um elemento autônomo para fazer parte de um conceito maior, junto com a ideia de prevenção, em uma relação dialética onde tais requisitos se limitariam mutuamente. A prevenção assumiria um requisito adicional à responsabilidade, servindo de garantia suplementar contra o poder punitivo do Estado. Nesse sentido, não se deveria exceder o nível de culpabilidade, nem ultrapassar a necessidade de prevenção. (MELLO, 2010, p.231-233)

Roxin ainda reforça a força e a importância da culpabilidade ao afirmar que “nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida e nenhuma é tão indispensável”. (ROXIN, 2008, p.133). A dogmática jurídico-penal tem como interesse saber quais os pressupostos e em que medida alguém pode ser responsabilizado por um comportamento socialmente lesivo, para que se possa aplicar uma pena. Nesse papel, Roxin afirma que a culpabilidade não exerce sozinha a determinação da responsabilidade, em que pese se colocar em posição de destaque. (ROXIN, 2008, p.134-135)

Assim, a culpabilidade e sua função estão associadas ao conceito de prevenção. A punição não dependeria apenas da culpabilidade, mas também da necessidade de prevenção de futuros crimes, a partir do ponto em que se entenda o direito penal como instrumento de direcionamento e controle social, que persegue apenas fins sociais. Uma teoria da retribuição, em que a imposição e medida da pena não dependem das necessidades sociais, não tem legitimidade social.

Segundo Roxin a análise da culpabilidade não seria nem um estado real, nem uma imputação e não estaria localizada na cabeça do autor ou do julgador. Assim, o juiz poderia

excluir a responsabilidade penal quando a pena não fosse mais previamente necessária, não se tratando, para ele, de uma possibilidade aberta de isenção de pena que geraria uma insegurança jurídica ou uma possibilidade indiscriminada de absolvição. A interpretação do direito não abriria uma possibilidade de inserção de representações político-criminais, mas uma forma de se averiguar as hipóteses preventivas observadas pela norma penal. (MELLO, 2010, p.234)

Poder-se enxergar na ideia de Roxin, a princípio, uma finalidade garantista, porém, não se deve afastar o risco de abusos que podem dela decorrer, já que ao deixar a análise do que seja o livre-arbítrio nas mãos do juiz, sem qualquer parâmetro para tanto, abre-se concessão de excessivo e ilimitado poder ao Estado. A necessidade preventiva estabelecida pela lei não pode ser substituída pela necessidade preventiva pessoal e arbitrária do juiz, levando-se em consideração seu critério de justiça.

Ou seja, não importa qual a necessidade preventiva em questão, os limites da culpa não podem ser ultrapassados, sob pena de serem tomadas medidas abusivas pelo Estado. Desta forma, nem mesmo a mais urgente necessidade preventiva pode ultrapassar os limites da culpa, reforçando à ideia de que a culpabilidade, apesar de ser incapaz de fundamentar a pena, poderá limitá-la. A eliminação da culpabilidade como elemento limitador da pena acarretaria a adoção pelo Estado de medidas terroristas ilimitadas, motivadas pela finalidade preventiva. (MELLO, 2010, p.237)

Em que pese ter como base ideia garantista, Roxin peca na sua teoria ao restringir o livre-arbítrio à ideia de normatividade responsável, esvaziando-se as representações político-criminais do juiz, ao limitar seus parâmetros ao contido na lei. Desta forma, a ideia de inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade fica prejudicada, levando-se em consideração a falsa ideia que a inexistência de uma exequibilidade normativa traria insegurança jurídica, uma vez que não haveria como se aferir e provar o livre-arbítrio. Nessa linha, a culpabilidade perde a sua força de instrumento da concretização das garantias constitucionais penais, ao ser apresentada com funções parciais e limitadoras, surgindo com tal pensamento violação da dignidade da pessoa humana.

Ademais, em que pese os aspectos preventivos serem utilizados como um adicional garantista e limitados do poder punitivo do Estado, não se deve esquecer que a apreensão judicial desses fins preventivos é absolutamente incerta e a possibilidade de prevenção geral, como um prognóstico futuro, é outra questão também de difícil apreensão:

Há necessidade premente de manutenção do princípio da culpabilidade, pois somente ele, e não a prevenção geral, pode assegurar a dignidade da pessoa humana, pois dois

crimes idênticos, cometidos em momentos diferentes, mas em circunstâncias similares, por pessoas em condições semelhantes, poderiam ensejar penas distintas a partir das necessidades preventivas, o que representa, máxime qualquer dúvida, uma instrumentalização do homem e uma violação ao princípio da igualdade. (MELLO, 2010, p.242)

O que não se deve permitir é que o juiz decida de acordo com seu sentimento pessoal de justiça, fundamentando sua decisão a partir da análise da prevenção (necessidade ou não da mesma); já que o princípio da igualdade deve ser resguardado, estando relacionado com a ideia de justiça, devendo haver medidas idênticas para situações idênticas, sempre respeitando o princípio da legalidade.

Se no funcionalismo moderado de Roxin a relação entre culpabilidade e prevenção já se mostra estreita, tendo em vista a redução da finalidade da culpabilidade na teoria do crime, no funcionalismo radical de Jakobs verifica-se uma total anulação da culpabilidade tendo em vista o seu esvaziamento pelas necessidades preventivas. (MELLO, 2010, p.244)

No que toca ao funcionalismo radical de Jakobs, verifica-se uma renúncia às ideias de política criminal para adotar uma proposta de sistema penal de razão teórica, somente de estabilização da norma, não importando o seu conteúdo. Para ele a tarefa do direito penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a manutenção e a ratificação da vigência da norma, sendo esta esquema determinante de interpretação do mundo, permitindo que expectativas sejam orientadas no âmbito do contrato social. O direito penal teria uma relação íntima com a estabilização dos conflitos através do resgate da confiança normativa, violada pela infração penal. Todo esse sistema e a existência de tais conflitos sociais ocorrem porque há expectativa de que a outra parte respeitará a norma vigente, sendo o crime a negação da norma e a pena a reafirmação da sua vigência. (MELLO, 2010, p.244)

Jakobs constrói um conceito funcional de culpabilidade, de acordo com os pressupostos da sua teoria do crime, de orientação sociológico-luhmanniana. A partir da sua perspectiva, é culpável aquele sujeito que não demonstra fidelidade ao direito. A pessoa responde pelo seu déficit de motivação jurídica. Nessa proposta a culpabilidade não depende do mínimo livre arbítrio, nem do grau de responsabilidade do autor por sua ação. O essencial é a prevenção geral positiva, isto é, constatação da vigência da norma, que lesionada pelo autor, volta a ser fortalecida com a imposição da pena (assim se estabiliza a vigência da norma e se exercita a confiança no direito por parte da sociedade) [...].” (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.445)

Para Jakobs a sociedade então foi criada por normas, devendo mantê-las uma vez que nelas acredita estar a sua garantia. O crime seria um defeito de comunicação, uma manifestação de infidelidade ao direito. Assim, o juízo de culpabilidade estaria ligado a falta de consideração da norma pelo autor. A culpabilidade é vista com infidelidade ao direito,

assim seria irrelevante o estado psíquico do autor para a formação de um juízo acerca dela. A culpabilidade é medida pelo contexto normativo, pela concreta estrutura social, e não pelo contexto dos fatos psíquicos.

A responsabilidade é colocada de maneira diferente daquela estabelecida por Roxin. Não se trata de uma categoria da qual fazem parte a culpabilidade e as necessidades preventivas, mas sim de uma falta de disposição de motivar-se conforme a norma, de tal modo que tal déficit acaba afetando a confiança geral na norma. Assim, culpabilidade seria a responsabilidade pelo déficit de motivação jurídica dominante, em um comportamento antijurídico, seria uma infidelidade ao direito. (MELLO, 2010, p.246)

Percebe-se, desta forma, que o déficit de motivação não individualiza a pena, nem limita o poder Estatal, apenas demarca a motivação a partir das finalidades preventivas da pena. Desta forma, a perspectiva para delimitação da culpabilidade é extrínseca ao homem, não dependendo se suas condições pessoais, mas sim de uma perspectiva estatal de conformação normativa. Assim, basta a alegação da necessidade de se resgatar a confiabilidade social na norma que uma pena seja considerada motivada. Para Jakobs, a constituição social também influencia na constituição da culpabilidade.

Afasta também da culpabilidade o livre-arbítrio, por se tratar de conceito longe da dimensão social. Ao tratar da culpabilidade e da liberdade e a relação existente entre elas, define que o âmbito em que o autor pode ser culpável não deixa de ser livre, mas não no sentido do livre-arbítrio, de autodeterminação, mas no sentido de falta de obstáculos juridicamente relevantes para seus atos. Para Jakobs o conceito de livre arbítrio é irrelevante para a sua tese já que desprovido de caráter social. (MELLO, 2010, 249-250)

Disse Jakobs que “a culpabilidade é competência por uma lesão da vigência da norma e, portanto, pressupõe que o sujeito competente possa ser motivado através de normas e nada mais (...) A culpabilidade está relacionada com a liberdade de vontade, do livre arbítrio, mas com a liberdade de se autodeterminar, isto é, de administrar a cabeça e o âmbito de organização de propósitos. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.445)

Assim, no que toca à culpabilidade, o essencial é a prevenção geral positiva, ou seja, constatação da vigência da norma, que lesionada pelo autor, volta a ser fortalecida com a imposição da pena, já que a culpabilidade corresponderia a uma infidelidade ao direito. Desta forma, o limite que estabelece a culpabilidade para a pena não decorre daquilo que o acusado merece, mas sim daquilo que é necessário para se restabelecer a confiança na norma.

A culpabilidade passaria a ser substituída pela necessidade preventiva geral da pena, perdendo a sua função ontológica e de limite de adstrição de responsabilidade penal, deixando

de se considerar, no momento da aplicação da pena as condições e atributos individuais, perdendo o seu sentido garantista.

Tal posicionamento coloca em risco os princípios fundamentais de um direito penal baseado no Estado de Direito, já que sem a culpabilidade não haveria limites à pena, o que poderia ensejar a aplicação de qualquer pena e qualquer medida, caso tal situação fosse necessária a estabilização da norma. Há um deslocamento do centro da ordem jurídica do ser humano para a prevalência do sistema, atingindo os direitos fundamentais do homem, privilegiando os interesses públicos em detrimento dos direitos individuais.

Importante destacar que o pensamento de Jakobs pode abrir caminho para aplicação de punições distintas em situações idênticas, como por exemplo, daquelas ditas exemplares, mais severas, desproporcionais à gravidade do delito, nos casos de crimes que houvesse maior cobertura na mídia, numa clara instrumentalização do homem em benefício da estabilização normativa/social. Verifica-se, como dito, uma alienação da subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema.

Verifica-se, desta forma, que o conteúdo da culpabilidade se vê também determinado pela constituição social, dependendo da estrutura e necessidades da sociedade, gerando grande risco de atentado às garantias constitucionais e efetivação de um Estado de Exceção, onde os fins justificam os meios, mormente diante de uma sociedade que clama por “justiça” a qualquer custo.

A culpabilidade perde seu conteúdo material, sendo esvaziada a ponto de culminar na desnecessidade da sua existência, já que acaba sendo pré-definida em graus de tolerância estatal por aquilo que se entende qualidades pessoais necessárias à estabilização social e recuperação da credibilidade normativa. Verifica-se com isso a perda do caráter individualizador da pena, já que a culpabilidade do indivíduo é deslocada para a norma, que representa a expectativa social.

Percebe-se que não há comprovação empírica de que aplicação da pena pela necessidade simbólica de reafirmação do direito efetivamente contribui para a produção de efeitos preventivos gerais pretendidos. (MELLO, 2010, p.254-256)

[...] se somente necessidades preventivas de estabilização da norma formam o parâmetro de conteúdo, disso resulta, finalmente, uma possibilidade total de manipular o conteúdo da culpabilidade. Tal princípio não pode, portanto, ter uma função orientadora para conformação do Direito Penal. Isto poderia levar ao desenvolvimento de uma estrutura quase universal e arbitrariamente adaptável, que também poderia ser utilizada por regimes antijurídicos. A função de garantia e proteção do conceito de culpabilidade como 'carta magna' do infrator à norma perde-se totalmente. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.445)

Outro grande perigo desse pensamento, considerando a perda da necessidade de culpabilidade para aplicação da pena, é que pensando-a como funcionalmente útil e necessária, na perspectiva preventiva geral, poder-se-ia chegar ao absurdo de se aplicar a pena a inimputáveis e até mesmo a crianças perigosas, havendo um retorno à responsabilidade pelo resultado.

Assim, para Jakobs as expectativas seriam normativas devendo ser estabilizadas a qualquer custo, colocando-se de lado o conceito de justiça. Trazendo a teoria da imputação objetiva para o ordenamento jurídico brasileiro, deve-se ter em mente que a CF/88 tem na justiça um dos seus objetivos fundamentais, não devendo ser esquecida, mormente levando-se em consideração que o direito penal deve ser construído com base nos preceitos constitucionais, tendo nestes os seus limites.

Desta forma, não haveria nenhum impedimento ao surgimento de novas hipóteses exculpantes diante da lacuna legal frente a situações concretas. Vale ressaltar, no entanto, que tal situação contrariaria o quanto posto por Jakobs, de que a norma atingida deveria ser restabelecida a qualquer custo, resguardando as garantias penais do indivíduo, já que as decisões tomadas levariam em conta os valores supremos como a liberdade, segurança e justiça.

No que toca a inexigibilidade, o conceito trazido pela nossa CF/88 é limitado diante dos preceitos constitucionais, sendo necessária a análise do caso concreto, sempre levando-se em consideração a ideia de justiça e liberdade, tratando-a no campo da argumentação. No que toca a sua aplicação diante da Teoria da Imputação Objetiva, verifica-se a sua possibilidade limitada para Roxin, aplicável nos delitos culposos, e inutilidade para Jakobs, já que este tem o restabelecimento da norma afetada como base da sua teoria, limitando as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa.

Isso acontece porque para o funcionalismo sistêmico, como já visto, há um conceito fechado de necessidade de reafirmação da norma para a sobrevivência do sistema jurídico, sem qualquer comprovação de que a pena efetivamente contribuiu para a produção de efeitos preventivos gerais. Verifica-se uma dificuldade de se vislumbrar hipóteses supraleais de exculpantes, já que a pena só poderia ser excluída quanto tal fato não atingisse a estabilização social.

Ao defender hipóteses extranormativas de inexigibilidade de conduta diversa, não se quer fugir da norma penal, mas sim completá-la nas suas lacunas, levando-se em consideração o que está previsto na Constituição. Nas hipóteses previstas pela lei penal, a mesma deve ser aplicada, porém, não havendo tal previsão, leva-se em conta o caso concreto bem como as

normas constitucionais, não afastando da ideia de positividade do direito penal. (MENEZES, 2008, 173-174)

A busca da justiça, e aqui pensada na sua forma mais genuína, livre de interferências midiáticas, ou de pré-conceitos, não pode ser paralisada pela justificativa de ausência normativa que justifique a adoção de exculpantes neste sentido, sob pena de resvalarmos numa punição com base em uma responsabilidade objetiva, principalmente deixando de lado a pesquisa sobre as causas subjetivas que impulsionaram a sua conduta.

O conceito de inexigibilidade não pode ser separado da análise do interior do indivíduo, principalmente diante de casos onde a capacidade de autodeterminação é reduzida ou inexistente. Não se pode afirmar que com tal atitude está se abrindo mão da segurança jurídica em nome da justiça, mormente diante do fato que em tais casos não haveria o esquecimento da posituação penal, mas sim a sua fundamentação na Constituição, norma máxima de um Estado de Direito.

Deve-se pontuar, desta forma, que o princípio da culpabilidade vem sofrendo com uma crise que, na verdade, recai sobre a sua funcionalidade, questionada por defensores de um direito penal puramente preventivo, gerando uma realidade de expansão penal, própria da sociedade de risco²⁷, na qual as necessidades de acautelamento social são colocadas a frente das reais possibilidades de evitabilidade ou motivação jurídica do indivíduo. Nesse sentido o funcionalismo, destacando-se o sistêmico, defendido por Jakobs corrobora com tal contexto expansivo, desvalorizando o indivíduo ao afastar as funções históricas, tais como a de subjetivização da responsabilidade penal, atribuídas à culpabilidade. (RIBEIRO, 2014, p. 218-219)

²⁷ Sociedade de risco como aquela na qual os riscos se referem a danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis; que afetam a todos os cidadãos; e que surgem de decisões humanas. Ressalta-se a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural, já que boa parte das ameaças que os cidadãos estão expostos provém de decisões que outros cidadãos adotam no manejo soa avanços tecnológicos. O incremento do risco também decorre do fato da sociedade tecnológica, marcada pelo crescimento da competitividade, fazendo deslocar muitos indivíduos para a marginalidade, que são percebidos pelos outros como potenciais riscos patrimoniais e pessoais. (SANCHEZ, 2002, p.29)

3.4 O esquecimento do papel limitador da culpabilidade: consequência do surgimento de um novo modelo penal

A culpabilidade representa, antes mesmo de constituir um elemento do delito, um princípio limitador, que obriga o Estado a considerar o acusado como pessoa, respeitando-lhe individualmente. O princípio da culpabilidade está ligado de forma umbilical com o princípio da igualdade, já que ambos são de extrema importância na elaboração do conceito de proporcionalidade e justiça.

O que se percebe, no entanto, é uma avanço das teorias preventivas, como aquelas funcionalistas, em detrimento de posicionamentos retributivistas. A questão que se impõe, no entanto, é saber se as finalidades preventivas são capazes de justificar a intervenção punitiva em consonância com a dignidade da pessoa humana ou se servirão como forma de se instrumentalizar o homem. (MELLO, 2010, p.314)

Não se deve esquecer qual o papel que o princípio da culpabilidade assume no ordenamento jurídico brasileiro. A culpabilidade foi idealizada pela Constituição Federal de 1988 como princípio garantista, ainda que implícito, não tendo fundamento a necessidade de estabilização normativa, já que nesse caso a perspectiva de imputação estaria ligada à sociedade e não ao indivíduo. No momento em que a culpabilidade passa a ser considerado como um instrumento de estabilização normativa, deixa de ser uma garantia individual, para se transformar em uma garantia da sociedade, no intuito de se atender necessidades sistêmicas. (MELLO, 2010, p.314)

Deve-se lembrar que a pena não pode existir sem a culpabilidade, assim como não ultrapassar a sua exata medida. Nesse sentido, o entendimento firmado por Roxin de que a necessidade preventiva seria um elemento limitador adicional, a princípio, não seria incompatível com o direito penal vigente em um Estado de Direito, pois inibiria a aplicação da pena naqueles casos em que a mesma não tivesse qualquer necessidade, ainda que houvesse culpabilidade.

O que se deve afastar é a consideração da prevenção como elemento substituto ou integrante da culpabilidade. Isto porque a ideia da culpabilidade está fixada na individualização da imputação, limitando o poder punitivo do Estado, não devendo tal individualização ser fixada por critérios preventivos, tendo em vista a impossibilidade de fornecimento de parâmetros individualizadores. Ademais, a prevenção especial pressupõe a necessidade de pena que implica necessariamente sua fundamentação na culpabilidade. (MELLO, 2010, p.353)

[...] as considerações preventivas num caso concreto podem funcionar como elemento limitador negativo, isto é, como uma garantia adicional do cidadão, mas suas considerações não integram o juízo de culpabilidade. A imposição de uma pena nestas condições viola qualquer possibilidade de individualização e limitação do poder punitivo do Estado, pois a reação social a um determinado crime é um fator imprevisível e absolutamente estranho à culpabilidade do agente. Não se pode entender que uma conduta seja mais ou menos culpável em face da reação social específica acerca de um crime, pois se trata de algo completamente extrínseco à culpabilidade e facilmente manipulável. Isto implica numa instrumentalização do homem, que se torna punível por fatores alheios à sua condição humana. (MELLO, 2010, p.354)

Ocorre, no entanto, que a prevenção, nessa fase da modernidade, passou a ocupar papel de destaque no direito penal, preocupando-se o aplicador da pena muito mais com sua utilidade social, do que com a sua individualização da pena, conforme orientação dos princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

[...] na atualidade a culpabilidade possui um conteúdo social, ou seja, está condicionada pela possibilidade que têm os seres humanos de participar pacificamente dos processos sociais. Como assinala MUÑOZ CONDE, a culpabilidade está em uma estreita relação com as necessidades de uma sociedade concreta em um momento histórico determinado. É a própria comunidade que legitima – através de seus representantes legislativos – um trato desigual (não aplicar pena apesar de se ter cometido um crime) para um grupo de sujeitos por considerar que não tiveram a suficiente capacidade para poder participar dos processos sociais. O conteúdo social está relacionado diretamente com as finalidades preventivas. A culpabilidade é, em síntese, o pressuposto obrigatório de todo o tipo de pena e deve se guiar por fins preventivos (não retributivos). (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.450)

Pode-se observar, desta forma, uma inclinação da ciência do direito penal para o concreto e aparente, dando-se maior relevância à função da pena, por exemplo, como instrumento de controle social e peça importante para uma política social voltada para o futuro, esquecendo-se de sua finalidade abstrata, sua fundamentação teórica, seus efeitos, limites, execução e individualização, ou seja, sob a sua efetiva incidência sob o homem concreto, os males que a ele podem causar ou sob a possibilidade de substituir determinadas medidas drásticas por outras menos aflitivas. Há um evidente deslocamento da pena para uma perspectiva preventiva, de controle social (BIANCHINE; MOLINA; GOMES, 2009, p. 200-201)

Verifica-se, como já dito no segundo capítulo deste trabalho, a consagração de um modelo *output*, ou seja, que fundamenta a culpabilidade em critérios estranhos a ela, declarando que as finalidades preventivas incidem na fundamentação da imputação subjetiva, seja como conteúdo da culpabilidade, seja como complementação do seu conceito. Em muitos

casos, a prevenção acaba substituindo a culpabilidade, baseada em um princípio utilitarista, tentando-se alcançar um equilíbrio entre a maior prevenção criminal possível com o menor sacrifício necessário da liberdade individual. (MELLO, 2010, p.347)

Percebe-se, desta forma, cada vez mais a instrumentalização do homem a serviço de uma pacificação social através da evitação do cometimento de crimes, sem uma análise das capacidades individuais que levaram o sujeito à prática da infração penal, havendo uma substituição das funções da culpabilidade por critérios vagos, indeterminados e fluídos que decorrem da ideia de prevenção, sem resguardar a valorização da pessoa humana.

Porém, num Estado Democrático de Direito, não se pode compreender que uma imputação de pena a um determinado indivíduo seja realizada levando-se em consideração apenas o paradigma da necessidade social de imposição de pena, uma vez que a insegurança gerada pela abertura do conceito de prevenção, sem considerar aspectos individuais do acusado, poderia gerar um excesso do poder do órgão julgador incompatível com o modelo penal garantista. A análise da culpabilidade, para atender a intenção constitucional, deve ser equitativa, no sentido de se levar em consideração o caso concreto, respeitando-se a pessoa humana em julgamento.

A valoração equitativa jamais se refere, na realidade, ao caso abstrato, senão sempre ao caso concreto e humanamente determinado. É assim, que através dela que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento, que no ordenamento italiano, como em outras, não é apenas um princípio racional e moral, mas também um princípio jurídico constitucional. [...] esta compreensão simpatética não consiste em uma identificação com os hábitos mentais do sujeito em julgamento, como a que proviria de uma romântica fusão afetiva, mas uma “participação imaginativa indireta e mediata”, que é de tipo racional, porque se baseia na “representação da situação de fato” submetida a julgamento. Ainda menos reflete a subjetividade emocional e parcial do juiz. Ao contrário, é o produto de um esforço intencional do juiz dirigido a prescindir o mais possível de suas ideologias pessoais, de seus preconceitos e de suas inclinações para “compreender” ou participar das ideologias, inclinações e condicionamentos do sujeito em julgamento. Nesse sentido, a equidade é também uma condição da imparcialidade do juiz. É iníquo não só o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado, mas também o que faz passar a subjetividade no julgamento, sem conseguir e talvez sem sequer tratar desprender-se dela para compreender a do acusado. (FERRAJOLI, 2014, p.157)

Com base no avanço da ideia de prevenção surge um novo direito penal, que baseia suas decisões na eficácia da evitação do cometimento de novos delitos a partir de imposição de medidas mais duras, tendo inspiração equivocada na filosofia utilitarista. Como afirma Mello:

O utilitarismo desvinculado, porém, de ideias democráticas e de um conceito de culpabilidade que lhe sirva de limite e fundamento, tende à opressão e ao totalitarismo. Teorias preventivas que visam evitar, com a pena, a prática de novos

delitos, podem legitimar o exercício indiscriminado da opressão e do arbítrio, podendo transformar o homem num objeto a partir dos fins do poder punitivo. (MELLO, 2010, p.342)

Percebe-se uma constante tensão entre os conceitos de culpabilidade e prevenção. A prevenção vista como uma maximização da segurança da maioria, ou melhor, da sociedade, não se compatibilizando com qualquer concepção material de culpabilidade, pois não estabelece nenhum limite ou parâmetro que garantam a individualização da pena. A mera prevenção, tendo em vista a abertura do seu conceito, detém o poder de fundamentar decisões a partir das necessidades sociais, justificando medidas arbitrárias e desproporcionais, violadoras da dignidade humana, em benefício da observância das necessidades sociais.

A prevenção deveria, no intuito de se compatibilizar com o Estado de Direito e com o modelo garantista adotado pela Constituição Federal de 1988, ser interpretada como uma função necessária, porém limitada e controlada pelos princípios fundamentais, garantindo o mínimo de sacrifício individual. Nesse sentido a culpabilidade assumiria importante papel limitador, destacando-se sua relevância na imposição de barreiras a abusos que possam ser cometidos na aplicação da pena em benefício da sociedade

Há assim, um abandono da análise dos elementos do crime de forma individualizada, mormente no que toca a análise da culpabilidade, que perde sua força diante uma tendência de seguir a ideologia da defesa social²⁸, ou seja, considerar, no momento da aplicação da pena uma legitimação estatal no sentido de se reprimir a criminalidade, a partir de critérios maniqueístas, numa distinção entre o bem e o mal, na qual o acusado estaria enquadrado nesta última categoria, e, como tal, deveria ser punido de acordo com as necessidades sociais que deverão se sobrepor sobre os seus direitos individuais.

²⁸ A ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social. (BARATTA, 2016).

4 SURGIMENTO DE UM “NOVO” DIREITO PENAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo traz a hipótese do surgimento de um novo modelo penal, de base utilitarista, cuja eficiência das decisões penais passaram a ser analisadas levando-se em consideração a vontade popular de se combater a violência e o crime a qualquer custo, eliminando-se o inimigo da sociedade, sem se preocupar com as garantias individuais previstas na Constituição Federal de 1988.

4.1 O utilitarismo e a construção de um novo direito penal

O direito deve ser considerado como um dos fatores de transformação social, fornecendo os contornos necessários para que isso ocorra, afastando os abusos que possam acontecer diante de certas decisões que devam ser tomadas na sociedade.

É certo ainda que o direito é dinâmico, mutável, amoldando-se às novas necessidades sociais. Tal mutabilidade, no entanto, não pode ser considerada ilimitada e desmedida, sob pena do direito perder a sua legitimidade e sua força. Assim, o direito deve ser produzido de acordo com as regras do sistema, por autoridade declarada competente para tanto e seguindo rito de elaboração específico, estando o sentido das normas inferiores subordinado ao sentido das normas superiores. (ADEODATO, 2012, p.313)

Não se quer dizer com isso que o direito não receba influência de outros subsistemas, tais como a moral e a religião, mas, sim, que tal influência deve ser limitada, gerando alterações que estejam compatíveis com o ordenamento jurídico vigente, sem haver uma corrupção de códigos, ou seja, sem que haja a perda da sua essência.

Em que pese ser o direito penal o instrumento de controle social mais repressivo do Estado, o Brasil adotou o modelo garantista, seguindo a ordem constitucional estabelecida a partir da Constituição Federal de 1988, que determinou que o Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que uma Constituição de um Estado Democrático de Direito tem como função precípua trazer garantias mínimas para que direitos fundamentais, como a liberdade, sejam resguardados, tendo, sempre, o indivíduo e sua dignidade como pontos centrais e estruturantes de todo ordenamento jurídico.

O garantismo penal pressupõe obediência plena à Constituição, em primeiro lugar, e às leis, que devem estar integralmente compatíveis com as normas constitucionais, sob pena

de configuração de inconstitucionalidade. O julgador não deve encontrar respostas para casos concretos que o afastem do arcabouço legal e constitucional, pois que, assim o fazendo, entrará no campo do arbítrio. Portanto, tal modelo garantista deveria ser observado e tutelado, nas decisões judiciais, como limite e contendor de decisões abusivas.

O que vem se observando, no entanto, visando uma estabilização social, é o constante desrespeito às garantias constitucionais pelos órgãos julgadores, que seguem recentes orientações fixadas pelo Supremo Tribunal Federal. O controle social, por sua vez, carrega dupla faceta, apresentando-se como um caminho para a estabilização, com certos danos, na medida em que sua interpretação e utilização de forma equivocada poderá vir a exigir a renúncia e flexibilização de direitos e garantias em prol do bem maior da coletividade.

Desta forma, vem-se, ao longo dos últimos anos, construindo-se um novo modelo penal, baseado na busca do controle e da estabilização social, minorando-se a sua base constitucional garantista. Observa-se que a pretendida estabilização social, a ser alcançada por decisões de cunho utilitarista, transformou-se em uma forma de legitimar esse novo modelo penal, ainda que contrário ao quanto determinado pela ordem constitucional.

Quanto à doutrina utilitarista, deve-se ter em mente que, no direito penal, pode ser verificada tanto por uma vertente positiva, como negativa. A regra é que tal doutrina deveria considerar que a pena deve ser encarada enquanto meio e não como um fim em si mesma. A dissociação entre meios penais e fins extrapenais idôneos a justificá-los seria condição necessária, ainda que insuficiente, para que a legitimação externa da pena seja separada da interna, ou seja, que haja uma separação entre direito e moral. A concepção utilitarista, assim, deveria vir acompanhada dos princípios garantistas, entre os quais, destaca-se o da exterioridade e o da culpabilidade da ação. (FERRAJOLI, 2014, p.241-242)

Verifica-se que os conceitos utilitaristas pretendidos pelo direito penal garantista seriam aqueles aplicados para desenvolver uma regra de direito penal cuja utilidade da norma é de maior proteção de bens relevantes pela menor restrição da liberdade individual, atendendo-se a princípios como lesividade e subsidiariedade e limitando o poder punitivo estatal, evitando o uso exacerbado e arbitrário do direito penal. Visaria a teoria utilitarista ajudar a compreender os limites de atuação do poder punitivo estatal, para que os mesmos sejam observados, mantendo-se uma sociedade equilibrada, sem a perda da autonomia das pessoas que dela fazem parte.

As normas penais possuem certas finalidades que são determinadas de acordo com o que se entende por direito penal. Entendemos que o direito penal é instrumento de garantias e, portanto, sua finalidade é restringir o poder punitivo do Estado. [...] a legitimidade da norma penal deve ser discutida pela conjugação dos dois aspectos

acima descritos: redução da liberdade das pessoas e os interesses protegidos. É por isso que devemos considerar a capacidade da pessoa, sua responsabilidade e seu consentimento, além da natureza do bem jurídico. O grande desafio da doutrina e da jurisprudência é conciliar os meios de proteção a bens jurídicos e a máxima liberdade da população subordinada do ordenamento legal. (MARTINELLI, 2010, p.73-74)

Leva-se em consideração que o direito penal exerce não só a função punitiva, restritiva da liberdade do cidadão, mas também serve como instrumento de garantia ao se proibir condutas arbitrárias por parte do Estado ao fazer uso do seu poder punitivo. Deve-se lembrar, que os princípios de direito penal regem a atuação Estatal na busca do equilíbrio entre os interesses fundamentais da sociedade e a máxima liberdade dos cidadãos.

No entanto, o direito penal, atualmente, passou a interessar e a servir a um sistema político funcional, com conceitos orientados pelas consequências das suas decisões, que passaram a adotar posições cada vez mais flexíveis diante de ponderação feita frente a certos perigos, ganhando uma maior difusão e valoração diante da sociedade moderna da informação, na qual o poder dos meios de comunicação mostra-se de extrema importância quanto à formação da opinião pública, diante da forma como se propaga a notícia.

A insegurança passou a ser mais percebida na sociedade pós-industrial, principalmente diante dos avanços tecnológicos e do individualismo que passaram, junto com a complexidade, a fazer parte de suas características. A sensação geral de insegurança cresceu ladeada à diversidade e complexidade social, mormente diante da grande gama de opções que foram inseridas na sociedade, enchendo as pessoas de dúvidas maniqueístas, que foram sendo alimentadas na medida em que as informações foram se tornando mais acessíveis à comunidade. A sociedade evoluiu para uma era da informação, que trouxe uma maior dinamicidade e dubiedade naquilo que é transmitido.

Diante dessa realidade, a violência, que sempre existiu na sociedade, passou a ter novos contornos e ser percebida de forma mais dramática e politizada. Tal fenômeno decorre da maior capacidade social de percepção da violência, propagada pelos meios de comunicação, que se tornaram, com a evolução do mundo, mais eficientes e instantâneos, não no que tange à qualidade da informação passada, mas quanto à velocidade e intensidade que transmitem as notícias.

A presença cotidiana da violência passou a ter forma diferente, uma vez que, além de experimental, empírica, passou a ser muito mais sentida de forma comunicacional, através da propagação midiática. Como consequência, o medo passou a fazer parte do cotidiano das pessoas de forma mais intensa, dominando os seus pensamentos, fazendo-as ansiar por uma justiça rápida e eficaz, sem se preocupar com os meios adotados para o alcance de tal fim.

Nesse contexto, a jurisprudência penal deixou de voltar os olhos às garantias constitucionais, passando a norma penal a ser interpretada como útil para coibir determinados comportamentos indesejados pela sociedade ou parcela dela, ganhando as decisões contornos utilitaristas, tendo como base a sua eficiência, buscando, desta forma, minimizar a violência e a concretização de uma estabilidade social.

[...] Por princípio de utilidade queremos dizer o princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão; ou, o que é a mesma coisa, em outras palavras, para promover ou opor-se a essa felicidade. Digo de toda e qualquer ação; e, por conseguinte, não apenas de toda ação de um indivíduo particular, mas de todas as medidas de governo. (BENTHAM *apud* MORRIS, 2015, p.262)

Nesse sentido, deve-se pontuar que existem versões sobre a doutrina utilitarista que, quando utilizadas de um ou outro modo, podem aproximar o direito penal do seu grau máximo ou mínimo. O utilitarismo *ex parte principis*, de natureza autoritária e compatível com o direito penal máximo, tem como objetivo servir à utilidade dos governantes e do Estado, sendo este visto como sujeito superior à sociedade, o que justificaria sua atuação ilimitada, com base na ideia de que os fins justificam os meios. (FERRAJOLI, 2014, p.242-243)

No que toca ao utilitarismo *ex patri populi*, cuja referência de bem-estar e utilidade tem como parâmetro àquilo desejado pelos governados e não pelos seus governantes, pode-se perceber uma ambivalência. Uma primeira versão tem como base a máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes, já a segunda defende que o mínimo sofrimento necessário deverá ser sentido à minoria formada pelos desviantes. (FERRAJOLI, 2014, p.243)

Percebe-se que a primeira vertente do utilitarismo *ex patri populi* visa atingir a segurança social, não se preocupando com o direito daqueles que suportam a pena, tornando-se impossível a avaliação dos custos e benefícios, já que tais parâmetros recaem sobre sujeitos diferentes. No que se refere à segunda vertente, vislumbra-se uma real preocupação com os destinatários da pena, já que os males e benefícios advindos da pena serão avaliados sobre o mesmo sujeito. Deve-se ter em mente que, a questão social, considerando-se o direito penal, deve se posicionar em segundo plano de avaliação e ponderação, devendo, em primeiro lugar, serem consideradas as consequências positivas e negativas sobre quem se aplica a pena.

É claro que a primeira versão não pode exigir nenhum limite ou garantia na intervenção punitiva, sendo idônea, pois, para fundar, inclusive modelos de direito penal máximo. A segunda, por seu turno, é uma doutrina sobre os limites do direito penal, consentindo-lhe, pois a justificação somente se suas intervenções forem

limitadas ao mínimo necessário. Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra repetição de futuros delitos for somente aquela de máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas [...]. Obviamente, o utilitarismo, se concebido neste sentido, não é garantia, de modo algum, diante do arbítrio potestativo [...]. (FERRAJOLI, 2014, p. 243-244)

Trazendo tal posicionamento ao âmbito das decisões proferidas pelo STF a partir da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013), verifica-se o desenho de um novo modelo penal, que surgiu e vem ganhando força no Brasil, ao longo dos últimos anos, que, apesar de utilitarista, o é na vertente *ex patri populi* não garantista, já que visa o bem estar da maioria não desviante, não se preocupando com o grau de sofrimento a ser sustentado pelo destinatário da decisão.

O utilitarismo tem como essência de um comportamento o resultado produzido. Uma conduta é avaliada por sua utilidade, quer dizer, pelo saldo final. O utilitarista faz o cálculo de tudo que está envolvido num comportamento para chegar ao saldo e, assim, valorá-lo. Pode sintetizar a visão utilitarista do direito penal da seguinte maneira: um comportamento deve ser proibido se o resultado que se quer evitar é indesejado pela sociedade. Não importa se há bem jurídico tutelado, a essência é impedir resultados preteridos por determinada comunidade. (MARTINELLI, 2010, p.67)

A teoria utilitarista, na sua vertente clássica, tem como principais expoentes Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill, que, resumidamente, pregam na execução das atividades da vida a maximização da utilidade e da felicidade. Considerando que o prazer e ausência de dor são sempre buscados pelas pessoas e que cada uma delas preocupa-se com o seu bem-estar, as pessoas devem buscar maximizar a sua felicidade e fazer com que esta atinja a maior parte da sociedade. A maior utilidade de uma ação será aferida pelo maior prazer que ela causa, e a existência de tal prazer será determinante para que tal ação seja considerada correta, já que será útil.

O interesse da comunidade seria a soma dos interesses dos vários membros que a compõem, e o objetivo da lei, para o utilitarismo, seria aumentar a felicidade e a satisfação dessa comunidade, excluindo tudo aquilo que pudesse afetá-la, ou seja, o dano. Nesse sentido o que seria “dano”? Considerando-se que se vive em uma sociedade da informação, onde a comunicação dos fatos é propagada de forma rápida e abrangente, a violência e o medo são danos que afetam a comunidade e que ameaçam a sua felicidade e tranquilidade.

Para a eliminação desses danos, acaba-se causando outros danos, quais sejam, as punições de forma desmedida e inconstitucional dos autores de fatos lesivos a paz social. Tais

danos, no entanto, demonstram-se de menor abrangência, por atingirem indivíduos determinados, o que faz serem aceitos por uma sociedade ávida por justiça a qualquer custo, contrariando a essência perseguida pelo utilitarismo idealizado por Jeremy Bentham, ao considerar que toda punição é um mal, é um dano, devendo só ser admitida se visar excluir um mal maior.

O bem da comunidade não pode exigir que se torne uma ofensa algum ato que não seja propenso, de uma maneira ou de outra, a ser prejudicial para a comunidade. Porque, no caso de tal ato, toda punição é infundada. (BENTHAM *apud* MORRIS, 2015, p.269-270)

Para John Stuart Mill, aquele que toma alguma decisão utilitarista deve deixar seus interesses de lado e pensar no prazer e na felicidade coletiva. Adota, desta forma, um posicionamento imparcial, altruísta, benevolente, não egoísta. Para ele as ações seriam corretas se trouxessem a felicidade, e incorretas se não conseguissem tal finalidade. Como meios para conseguir a mais exata aproximação deste ideal, o utilitarismo exigiria que as leis e disposições sociais colocassem a felicidade, ou o interesse, de cada indivíduo, na medida do possível, em harmonia com o interesse da comunidade. (MILL *apud* MORRIS, 2015, p.367-369)

Pode-se afirmar, desta forma, que são características norteadoras do utilitarismo o princípio do bem-estar social, que deverá sempre ser otimizado, ao se buscar a felicidade no seu grau máximo; o consequencialismo, ou seja, a moralidade da ação será verificada de acordo com as consequências atingidas; a agregação da maior quantidade de bem produzido, ou melhor, de maior felicidade atingida, não importando, no entanto, como ele será repartida, devendo os prazeres e sofrimentos terem o mesmo peso qualquer que seja a pessoa afetada. Deve-se destacar que o comportamento a ser escolhido deverá atender ao maximacionismo, ou seja, atender o maior saldo de felicidade para o maior número de pessoas afetadas pelas opções tomadas. (MARTINELLI, 2010, p.83)

Na sua versão clássica verifica-se que o utilitarismo como uma teoria hedonista, tem na felicidade o único valor a ser alcançado. Assim, a utilidade seria alcançada quanto mais pessoas se encontrassem nesse estado. A má consequência seria aquela que gerasse dor e sofrimento, e esta deveria ser afastada, a boa seria aquela que gerasse prazer.

Para Bentham, a legislação deve preservar ao máximo a liberdade das pessoas, devendo esta ser afetada apenas quando a segurança da pessoa está afetada, diminuindo a sua felicidade. Assim, a liberdade poderia ser restringida apenas para maximizar a felicidade de determinada pessoa, evitando punições arbitrárias. (BENTHAM *apud* MORRIS, 2015, p.269)

Quanto ao consequencialismo, o mesmo fundamenta um ato nas suas consequências, contrariando uma ética deontológica, que pauta o que é certo ou não de acordo com a conformidade de um ato a uma norma, concluindo-se que uma norma deve ser aplicada apenas por existir. Para o consequencialismo uma conduta será considerada errada se não atinge o máximo de sua consequência, que, quando alcançada, atingirá o máximo de prazer com o mínimo de dor. No direito penal, considerando a doutrina garantista, como consequência do quanto determinado em uma norma penal, o maior prazer e a menor dor como utilidade deveriam ser interpretados, respectivamente, como a maior proteção dos interesses e a menor restrição da liberdade dos cidadãos. (MARTINELLI, 2010, p.80-82)

Ainda no tocante ao utilitarismo na sua veia garantista, importante destacar que o utilitarismo de regras²⁹, como uma evolução do utilitarismo clássico de Bentham e Mill, trouxe mudança de contexto no que toca ao princípio da utilidade, que deixa de ser individualista, ao determinar que a promoção da felicidade não deve estar nas condutas individuais, mas no pensamento de toda a sociedade. O que é correto passa a ser avaliado no plano coletivo. (MARTINELLI, 2010, p.88)

Por estar o direito penal direcionado a todas as pessoas, com aplicação vinculada àquilo que determina a lei e, acima de tudo, às normas constitucionais, o utilitarismo de regras teria relevância para uma aplicação garantista do direito penal, através da maximização da norma ao se buscar o maior bem da coletividade, porém resguardando a menor restrição possível da liberdade das pessoas.

Muito importante conciliar as normas penais com a utilidade que as mesmas podem trazer ao meio social. Entende-se que o utilitarismo de regras é perfeitamente aplicável ao direito penal desde que tenhamos bem definida a utilidade que desejamos e os meios legítimos para alcançá-la. A utilidade deve estar estritamente ligada às finalidades e aos princípios do direito penal. O crime não pode ser punido por si mesmo, por sua essência mas sim para alcançar uma utilidade: aumentar a expectativa na proteção dos interesses sociais. (MARTINELLI, 2010, p.88)

O aumento da expectativa na proteção dos interesses sociais não deve servir de fundamento para abusos cometidos pelo Estado, aqui devendo-se incluir as decisões judiciais. A utilidade deve ser utilizada como limite ao poder punitivo, legitimando-o e justificando-o,

²⁹ [...] autores recentes apresentam variações do utilitarismo. Lyons distingue as denominadas “três famílias” de teorias utilitaristas: (1) utilitarismo de atos, que formula o padrão de uma conduta correta de acordo com as consequências de um ato particular: é certo ou errado um comportamento dependendo da sua utilidade; (2) utilitarismo geral, que aponta o fundamento de um ato (se é certo ou errado) na sua utilidade generalizada, ou seja, na utilidade, positiva ou negativa, da performance geral dos atos do seu tipo; (3) utilitarismos de regras, que aplica a prova da utilidade nem para atos particulares, nem para performances conjuntas dos atos de todas as pessoas de determinada classe, mas preferencialmente para regras – sejam aquelas impostas pelo governo, sejam regras ideais e hipotéticas. (MARTINELLI, 2010, p.88)

desde que, ainda que visando o bem da coletividade, não ultrapasse os limites legais e constitucionais impostos à restrição da liberdade do indivíduo alvo de determinada norma penal. Assim, o ideal deveria ser um direito penal que obedecesse a um utilitarismo normativo-axiológico³⁰, que trouxesse através da aplicação da norma, um equilíbrio entre a segurança jurídica na tutela dos bens e a liberdade individual.

Por sua vez, a forma como o utilitarismo vem sendo utilizado, na seara penal, não vem observando a base penal garantista, atendendo a assertiva de que o que vale em um comportamento é o resultado produzido. Não há uma ponderação acerca dos direitos que estão sendo deixados de lado em benefício da preponderância da finalidade visada e pretendida pela comunidade. Os direitos e garantias penais vem sendo, cada dia mais, deixados de lado em prol da estabilização e felicidade da sociedade, verificando-se a permissão do sacrifício de uma minoria, em benefício de uma maioria que não é atingida diretamente pela pena.

O mais importante passa a ser a possibilidade de se atingir um resultado eficiente, sendo deixado para segundo plano a relevância de bens jurídicos, bem como a situação pessoal de cada indivíduo atingido pela lei penal. O direito penal passou a ter traços marcantes de objetividade, tendo como fim afastar a violência a qualquer custo e estabelecer a pacificação social, através do seu bem-estar e da convivência harmônica não só das pessoas entre si, mas também das instituições jurídicas com a comunidade. Esqueceu-se, no entanto, da sua função limitadora, garantidora dos direitos fundamentais, frente ao poder punitivo do Estado, bem como das consequências diretas e indiretas decorrentes da restrição da liberdade dos indivíduos.

Percebe-se a utilização do utilitarismo pela jurisprudência do STF, às vezes em desconformidade com os preceitos constitucionais, visando atender ao interesse da sociedade de realização da justiça a qualquer custo, esquecendo-se da observância dos cuidados nos meios para tanto empregados. O que parece não ser observado pelo STF e seguido pelas demais instâncias de julgamento do Poder Judiciário é que existe um conjunto de normas penais constitucionais que devem ser observadas, existindo, no entanto, possibilidade de se compatibilizar os princípios e garantias penais com o fim do medo e da violência, desde que a melhor proteção ao bem jurídico estivesse ligada diretamente à menor restrição da liberdade.

Deve-se lembrar que o utilitarismo é uma teoria que se coloca antes do resultado, partindo-se da teoria para o fato, em uma dialética que atende a ordem de que uma premissa utilitarista seria capaz de modificar as instituições contrárias a ela, não tendo as instituições o poder de alterar tais premissas. (MARTINELLI, 2010, p.76)

³⁰ O utilitarismo deve ser normativo porque implica em elaboração e aplicação das normas e axiológico à medida que há valores que devem ser considerados. (MARTINELLI, 2010. p.90)

Nesse sentido, pode-se concluir que não seria absurdo para uma vertente utilitarista a supressão, ainda que pontualmente, de algumas garantias penais e processuais penais para se atingir a satisfação e felicidade da maioria não delinquente. As decisões penais de caráter utilitarista, mesmo aparentando fomentar a felicidade e a satisfação da sociedade, caminham, no entanto, em sentido oposto ao bem-estar da comunidade. Na tentativa de agradar a maioria da sociedade, podem vir a afetar direitos individuais de alguns outros cidadãos.

É certo que, em um regime democrático, prevalecerá o direito da maioria, mesmo que em prejuízo de uma minoria, mas não se deve esquecer que o sacrifício de direitos individuais deve ser realizado em casos pontuais, de forma razoável, proporcional e excepcional, para que a regra não se torne o desrespeito às normas constitucionais. A transformação da relativização dos direitos individuais em uma regra, frente a necessidades sociais, tornar-se-ia, desta forma, em um fator de instabilidade social, já que, os demais cidadãos poderiam no futuro ter seus direitos fundamentais atingidos.

Tudo conduz a “dialética da modernidade” para o fato de que o direito penal tenha se transformado em um instrumento de solução de conflitos sociais que não mais se diferencia, por um lado, na percepção pública de sua aptidão e, d’outro, em conformidade com sua periculosidade, dos demais outros instrumentos de solução de conflito; o direito penal torna-se, apesar de seus severos instrumentos, em *soft law*, em meio de condução da sociedade. As expectativas da solução dos problemas dirigidas ao direito penal, explodem, visto desse modo, o direito penal torna-se, em todo caso, no que tange a essas expectativas, “novo”. (HASSEMER, 2007, p.196-197)

O direito penal deixa de ser a *ultima ratio*, para se tornar a *sola* e *prima ratio* da solução de certas questões da sociedade, adotando-se uma visão consequencialista despreocupada com a questão da justiça ou equidade das decisões, desde que o objetivo visado seja alcançado. O novo direito penal conduz, segundo Hassemer, à “dialética da modernidade”, onde seus instrumentos mais severos são vistos como “*soft law*” para condução da sociedade e não mais como uma forma diferenciada de solução de conflitos sociais mais graves.

Em oposição a esta tendência, nas decisões que envolvem questões penais, deveria ser observada uma obrigação jurídica na efetiva aplicação dos princípios constitucionais que tratam de tal matéria, já que as razões para a sua observância seriam muito mais fortes e maiores do que aquelas que fomentariam o seu esquecimento. Nesse sentido, o clamor popular por justiça e a necessidade de atendê-lo para se alcançar uma falsa estabilização social, não

podem se sobrepor a normas constitucionais que garantem os direitos fundamentais do cidadão, bem como limitam o poder punitivo estatal.

4.2 A importância da eficiência e a expansão do novo modelo penal

Uma das finalidades do direito penal seria a garantia de condições necessárias para se alcançar uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, sempre que tal fim não seja atingindo por outra medida de controle socialmente menos gravosa. Tendo em vista o caráter subsidiário do direito penal, a finalidade punitiva deve ser limitada, não se podendo atingir a liberdade de determinado indivíduo de forma desnecessária.

A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajudiciais. (ROXIN, 2008, p.33)

Os limites que devem ser observados pelo poder punitivo estatal estão localizados nas leis e na Constituição que, mesmo não os trazendo de forma explícita, dispõe de princípios e garantias implícitas, decorrentes do próprio regime democrático, do reconhecimento dos direitos humanos e do próprio estado de direito.

Com a modernidade a violência, a ameaça e o medo ganharam novos contornos, passando a ter uma posição central dentre os fenômenos do cotidiano das pessoas. A corrupção, fenômeno de existência social secular, passou a ser exposta de forma menos velada, demonstrando-se como motivo de desequilíbrio social e causador de uma série de problemas que resvalam no cotidiano das pessoas. Como consequência, o desejo de justiça, moralização e o anseio por pacificação passaram a ter proporções desmedidas, ocupando, de forma preponderante espaço na sociedade, sobrepondo-se aos limites que deveriam recair sobre a restrição da liberdade. O interesse humano evidenciou-se mais egoístico e imediatista. A sociedade, como reflexo da intenção da maioria das pessoas que nela se encontram, passou-se a se preocupar com seu bem-estar e segurança, exigindo-se, do Poder Estatal, respostas mais eficientes das suas decisões políticas e judiciais.

É certo que o controle social é característica de todas as sociedades, já que nelas existem normas sociais, condutas desviadas e processos através dos quais se aplicam sanções às mesmas. Assim, o controle social deveria estar previsto nas sociedades de maneira formalizada, já que, em que pese ser poder estabilizador, também é capaz de produzir danos.

Na prática, o que se verifica é um controle social penal que se modifica segundo o grupo social de referência, pela magnitude da sanção, e com processos que seguem caminhos diferentes para se atingir a estabilização social. (HASSEMER, 1999, p. 7-8)

Na busca por soluções aos problemas sociais, destacando-se a questão da propagação da violência, a doutrina utilitarista ganhou força nas decisões proferidas pelo STF, que mostraram-se, ao longo dos anos recentes, principalmente a partir da Ação Penal nº 470/MG, mais preocupadas em dar respostas ao clamor popular por justiça, esquecendo-se dos limites fixados pela Constituição Federal no que toca ao poder punitivo estatal. O direito penal detém caráter subsidiário e fragmentário, devendo ser a *ultima ratio* na solução de conflitos sociais, e, quando aplicada a norma penal, a mesma deve observar os limites impostos pela essência constitucional garantista.

[...] a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, deve ser promovido – mas que continua sendo um mal. Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva `desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações. (ROXIN, 2008, p.2)

Percebeu-se um recrudescimento das decisões judiciais envolvendo o direito penal, tendo como base a ideia de que medidas mais duras, ainda que contrárias à essência constitucional, seriam necessárias para a solução do aumento da criminalidade. Vislumbra-se uma maior preocupação do Poder Judiciário em se atingir a eficiência com suas decisões, visando mais a solução dos problemas relacionados à política criminal do que uma efetiva observância aos princípios penais constitucionais, que trazem em si a essência garantista do direito penal pátrio. A eficiência das decisões judiciais passou ser aferida pela sociedade a partir da condenação dos acusados e da maior quantidade de pena aplicada.

Portanto, com base na ideia de eficiência verifica-se um endurecimento das decisões judiciais do STF e a fixação de um novo paradigma hermenêutico, fluido e ao mesmo tempo contrário às normas constitucionais, velado pelo manto da legitimidade forjada através de decisões judiciais com aparência de legítimas, mas que não o são. Novos paradigmas constitucionais não devem ser rechaçados da dogmática penal, desde que o mesmo siga uma lógica e atenda os limites estabelecidos pelo próprio Poder Constituinte. Fere a segurança jurídica e, conseqüentemente, o equilíbrio político-social, uma mudança de paradigma interpretativo não baseada na técnica jurídica, mas sim em pré-compreensões e de acordo com o que é desejado e aclamado pela sociedade como justo, mas que se revela inconstitucional.

Deve-se lembrar, que a observância das formalidades judiciais assegura, no processo penal, a proteção aos direitos de liberdade, preservando-se a sua dignidade, tratando-se de situação essencial para a realização de um direito penal material. Ao se buscar a estabilização da efetividade sem se preocupar com as regras que norteiam um Estado de Direito, acaba-se por renunciar à proteção da liberdade.

Vale ressaltar que a eficiência foi alçada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37 a um princípio regente do direito administrativo, que visa garantir ao povo a persecução do bem comum, preocupando-se o poder público em cuidar de forma eficiente e eficaz daquilo que é essencial e fundamental para a coletividade, justificando-se desta forma, os gastos públicos. Visa, com tal princípio, garantir que o Estado cumprirá a sua maior finalidade que é a satisfação da sociedade no que toca aos serviços por ele prestados. A aceitação de tal princípio e a sua adequação constitucional são inquestionáveis, na medida em que o mesmo serve de garantia para a concretização de direitos sociais por parte do Estado.

Em relação à esfera penal, a aplicação da eficiência não parece ser tão tranquila, mormente diante do fato de ser questionável a adoção de uma lógica econômica de produtividade em um ramo do direito onde não há como se mensurar valores de direitos fundamentais. Aqui não se quer dizer que direitos dessa espécie são absolutos, mas, sim, que não podem ser relativizados com frequência, tornando a sua violação uma regra e não exceção, como deve ser.

Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. (BRASIL, 2009, p.16)

Observa-se a preocupação trazido no bojo da exposição de motivos do projeto de reforma do novo código de processo penal evidencia a necessidade da observância da essência constitucional garantista pelos órgãos judiciais ainda que na busca decisões eficientes. Assim, a eficácia de qualquer intervenção penal deverá ser feita sem que haja a diminuição das garantias constitucionais, uma vez que as mesmas devem ser consideradas não em relação aos

interesses políticos estatais e sim em relação aos cidadãos e à segurança de que não terão o seu direito à liberdade, bem como as demais garantias constitucionais, violadas. Como dispõe Hassemer:

Desconheço uma sociedade que tenha fracassado em virtude de suas instituições de controle social não terem mais dominado os desvios de comportamento cotidiano. Desconheço um ordenamento penal que tenha ruído por ter se tornado funcionalmente capaz diante da criminalidade comum. Entretanto, eu bem conheço sociedades e ordenamentos penais que sacrificaram sua tarefa de formalização em detrimento do interesse ao combate eficiente da criminalidade, bem como processos penais que se permitiram funcionar em uma engrenagem terrorista de uma luta brutal contra a divergência. A injustiça penal não se distingue por um pouco, ela se distingue por excesso de efetividade (HASSEMER, 2007, p.118)

A efetividade esperada pela sociedade e decorrente da atuação do poder punitivo estatal é aquela em que visa se atingir a pacificação social através das decisões afitivas, sem se preocupar com os meios empregados, o que causará situações injustas, ilegais e inconstitucionais. Não se quer dizer com isso que a efetividade é totalmente incompatível com o direito penal, mas que esta pode ser alcançada através de políticas públicas mais efetivas, ou até mesmo através das decisões judiciais desde que sejam respeitados os limites constitucionais, sempre observando-se a posição do autor no que toca a ação por ele praticada.

A formalização da assimilação do conflito no processo penal não é apenas um mandamento da administração da justiça penal orientada pelo Estado de Direito, mas é também um meio de uma prevenção geral duradoura que não se concentra na intimidação de criminosos potenciais, mas sobre a vida das pessoas na legalidade e na confiança fundamentadas na jurisprudência. (...) efetiva pode ser atualmente somente uma persecução penal caso ela trate os autores com dignidade e liberdade, não como um cachorro, contra qual se ergue o bastão. (...) A segurança da paz jurídica somente pode ser confiada, a longo prazo, a uma justiça penal que contraponha, inequivocadamente, às condições da efetiva persecução penal a sua tarefa de assimilação formalizada de conflitos. (HASSEMER, 2007, p.119)

Portanto, a proibição criminal deve ser eficaz na proteção da autonomia individual, tutelando os interesses mais importantes para o desenvolvimento humano. Ao mesmo tempo, as restrições à liberdade devem ser as menores possíveis, de preferência apenas quando não houver consentimento válido sobre lesão a interesse próprio. A intervenção exacerbada do Estado, proibindo condutas e escolhendo o que é melhor ao indivíduo, contraria a preservação da liberdade defendida pela Constituição Federal de 1988.

O direito penal deve estar ligado de forma indissociável ao Princípio da Dignidade Humana, devendo os direitos dele decorrentes serem não só observados, mas resguardados, garantindo desta forma a manutenção da ordem constitucional. Em um Estado Democrático de

Direito, o homem, diante do primado da dignidade da pessoa humana, deve ser tratado com prioridade, posicionando-se o sistema como serviente na garantia dos seus direitos.

Porém, ao se falar em eficiência no Direito Penal, acaba-se por entrar na discussão da análise econômica do direito e se tal situação é compatível com as nuances e peculiaridades envoltas por aquele ramo da ciência jurídica. Ao se tratar de tal questão necessário se faz buscar os ensinamentos de Richard Posner, que pondera que a economia imagina o indivíduo não como “homem econômico”, mas como pragmatista; como alguém que baseia suas decisões não em custos irrecuperáveis, mas sim nos custos e benefícios vinculados a linhas alternativas de ação que permanecem em aberto”. (POSNER, 2009, p.16)

Trazendo essa análise econômica para o Direito Penal, sem considerar os limites constitucionais impostos à concretização da restrição da liberdade do cidadão, poder-se-ia chegar a uma análise máxima do Direito Penal, como forma de se garantir a estabilização social através da aplicação de penas mais severas, conseqüentes de processo ilegítimo, sem a observância nas normas constitucionais. Essa análise simplista da situação tem como sustentação a ideia de que os fins justificam os meios e que a necessidade de se atender aos anseios de justiça da população devem ser observados, ainda que ultrapassem os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Da mesma forma, um modelo que defina os criminosos como maximizadores racionais pode prever corretamente que um aumento da severidade da pena ou da probabilidade de execução desta reduzirá os índices de criminalidade, ainda que a maioria dos criminosos tenha sérios distúrbios cognitivos e emocionais, pois estes são suficientemente racionais para reagir, ainda que moderadamente, às mudanças de estímulo. (POSNER, 2009, p.18)

Observa-se, no entanto, que as decisões judiciais penais vêm seguindo uma lógica econômica de custo e benefício, utilizando-se dessa técnica, ainda que não de forma explícita. Passou o direito penal, e também o direito processual penal, baseados na eficiência, a ter feições instrumentais para resguardarem a política interna de segurança pública, esquecendo-se de suas posições de barreira contra os avanços do poder público sobre o direito de liberdade do cidadão.

No que toca a eficiência e seu conceito, deve-se esclarecer que a mesma existe como princípio e também como um fenômeno real. Como princípio, serve como uma planilha de correção ideal de atos e regulações, para se chegar a uma análise econômica dos fenômenos humanos, dentre os quais o direito, já como uma atuação eficiente como fenômeno real, a eficiência deve ser vista e analisada de forma empírica, como uma realidade característica do indivíduo. (SÁNCHEZ, 2004, p.5)

A ideia de eficiência deve ser vista, quanto ao direito penal, como fenômeno real e não como princípio. No novo direito penal não há uma preocupação com o não ferimento de direitos e garantias de um indivíduo, mas sim na relação custo-benefício, mesmo que inconscientemente, de uma decisão. Como dito, adota-se uma visão utilitarista e despreocupada com a agregação e preservação dos valores de direitos e garantias.

Parece-nos adequado a consideração da eficiência no âmbito do Direito Penal servir-se deste último enfoque, o qual, sem dúvida, está mais próximo da *tradição utilitarista*, na qual se encontram os precedentes de qualquer análise de eficiência econômica em nossa disciplina. Na verdade, quando se fala em eficiência em Direito Penal, a primeira consideração parece ser sempre não precisamente sobre conduta que trazendo vantagens para todos não prejudica ninguém (não é vetada por ninguém), mas naquela cujas vantagens globais (sociais) superam os custos, independentemente de que custos recaiam sobre alguém em concreto e, em razão disso, o prejudiquem. (SÁNCHEZ, 2004, p. 6-7)

Dessa forma, ao se aplicar a eficiência no direito penal, adotar-se-ia uma análise econômica de custos e benefícios e de forma não individualizada, sem considerar a situação do indivíduo sobre quem recaem as aflições da pena. O que importa para se verificar a eficiência de determinado posicionamento adotado pelo poder punitivo estatal são as vantagens globalmente, ou melhor, socialmente, sentidas.

Percebe-se, no entanto, de pronto, uma falha na utilização da eficiência no Direito Penal: como valorar princípios e direitos como a dignidade da pessoa humana e a liberdade? Com a adoção de um modelo de eficiência, percebe-se um abandono na consideração dos limites existentes para a imputação de um delito a uma pessoa e, conseqüentemente, daqueles pressupostos necessários para a condenação. Diante da necessidade de se mostrar eficiente não só para a sociedade, mas também perante os órgãos de controle, os órgãos julgadores, seguindo orientação do STF, parecem ter ampliado o seu poder decisório, afastando-se da dogmática constitucional penal clássica.

Assim, a utilização do cálculo custo/benefício como princípio necessário e suficiente de legitimação do Direito Penal apresenta entraves que derivam da dificuldade de valoração de direitos tais como liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente diante de situações delicadas, onde muitas vezes há uma aparência de choque de direitos como a vida da vítima e a liberdade do acusado.

As garantias penais passaram a ser encaradas de forma equivocada, já que começaram a ser percebidas não como uma garantia de todos aos excessos provenientes do poder punitivo estatal, mas, sim, como barreira à expansão de um modelo penal muito próximo do máximo, onde a eficiência passou a estar atrelada à ideia de números de

condenação, quantidades de pena impostas e tempo de duração do processo penal, relativizando-se, ou muitas vezes eliminando-se, as garantias penais constitucionalmente estabelecidas e protegidas como direitos fundamentais.

Não há dúvidas, diante da descrição desse modelo de eficiência, que o delito é algo indesejável pela sociedade, devendo ser dela expurgado em virtude de trazer danos maiores do que os benefícios, impondo, desta forma a necessidade de sua neutralização. Considerando-se uma análise econômica do direito penal, tendo como base uma ponderação de seus custos e benefícios, afirma Sánchez ser o delito ato ineficiente, devendo ter sua frequência reduzida para se alcançar a eficiência. (SÁNCHEZ, 2004, p. 11)

Nesse sentido, importante tratar do aspecto preventivo geral, que, partindo de uma análise econômica, deve considerar que o destinatário da norma, como ser pensante que é, também ponderará os custos e benefícios de seus atos, ponderando desta forma se o risco de ser punido e a forma de punição são compensáveis pelos frutos e produtos obtidos pela prática do delito. (SÁNCHEZ, 2004, p.10)

Assim, tal perspectiva, ao ser considerada pelo órgão julgador, será mais um fator de incremento da pena, a ela acoplando custos adicionais ao acusado pela prática do delito, sem, contudo, observar as garantias penais e processuais penais. Desta forma, o direito penal seria estabelecido por ocasião, gerando uma instabilidade jurídica típica do mercado de capitais, mas, incompatível com o sistema jurídico-penal, que deveria ater sua estrutura à sua dogmática constitucional garantista.

Para Jesús-Maria Silva Sánchez o sistema jurídico-penal deveria assumir um comportamento de mercado, variando suas penas, dando custos adicionais à prática dos delitos, de forma que determinado indivíduo não visse vantagens na sua prática, em uma nítida análise economicista de custos e benefícios. (SÁNCHEZ, 2004, p.27)

Dessa forma, percebe-se um incentivo a prolação de decisões mais duras, com penas mais severas, baseadas em critérios de um direito penal máximo, visando a eficiência, que está ligado a ideia da pacificação social pela eliminação ou redução da violência. Nesse sentido deve-se levar em consideração a função preventiva do direito penal e o respeito aos seus limites, uma vez que as justificativas para as teorias que dela tratam esbarram na confusão entre direito e moral, bem como naquilo que cada um entende como justo e necessário para se alcançar os fins do direito penal. Vale ressaltar que tal ramo do direito detém tríplice função, quais sejam: preventiva geral, estabilizadora do ordenamento jurídico, bem como garantidora da ausência da vingança privada.

No que toca a construção de um novo direito penal, a função estabilizadora vem sendo utilizada de modo equivocada pelos órgãos julgadores, dando ao direito penal um aspecto extremamente utilitarista, de satisfação à sociedade. No entanto, o que se deve ter em mente é o fato de que a estabilização social deve ser vista como algo positivo, desde que a busca pela eficiência penal não ultrapasse os limites desta função, que quando excedidos podem gerar abusos e ofensa as garantias constitucionais.

É nesse sentido que Hassemer dispõe que o direito penal torna-se legítimo na medida em que formaliza o controle social e, sendo composto de norma, sanção e processo, deve saber lidar com tais elementos para que, na medida do possível, proteja os direitos humanos de todos aqueles que participaram dos conflitos mais sérios decorrentes de condutas desviantes. A formalização significa transparência e clareza dos instrumentos jurídico-penais, de forma que possa haver um controle da sua utilização; a observância de determinados princípios. (HASSEMER, 1999, p. 8)

Assim, definindo-se a possibilidade de se atribuir a responsabilidade penal a um indivíduo, tal situação deverá ser feita respeitando-se a dignidade da pessoa humana, afastando-se desta forma, um aspecto apenas lógico e funcional. Com isso não se quer negar que na estabilização da sociedade através da manutenção da confiança no ordenamento jurídico existe um caráter político do direito penal, mas tal caráter político não pode se sobrepor ao sistema garantista, pautado na ideia de que as suas normas seriam entraves aos fins almejados pelo direito penal.

O atropelo das normas constitucionais penais e processuais penais não garantirão a eficiência almejada, forjadas em aparentes soluções dadas em menores espaços de tempo, através de decisões mais severas. Na verdade, tal situação torna-se um campo fértil para o fortalecimento de um direito penal simbólico, ineficiente, antigarantista.

Deve-se ponderar, segundo um pensamento econômico e eficiente, que se o delinquente é movido pela consciência de que o cometimento do delito lhe trará mais vantagens que o seu comportamento de acordo com a legalidade e que a criminalidade pode ser combatida com o desestímulo da prática de conduta criminosa através da aplicação mais dura da pena; outras formas sociais de desestímulo poderiam ser criadas de forma a parecerem mais vantajosas do que a prática delitiva. Com o incentivo a políticas públicas que estimulem melhorias na educação e na taxa de desemprego, haverá uma tendência a não se praticar condutas delituosas e que impliquem em medidas aflitivas e repositivas da liberdade. (SÁNCHEZ, 2004, p.19)

Importante destacar, no entanto, que na doutrina há quem entenda, que não basta políticas públicas eficazes para uma eliminação drástica da criminalidade, por entenderem que faz parte da natureza humana, em algum momento da vida, praticar algum tipo de comportamento desviante, o crime acaba sendo inerente a sociedade.

Não corresponde, portanto, à experiência que a criminalidade se deixe eliminar através de reformas sociais. É mais realista a hipótese de que a criminalidade, como espécies do que os sociólogos chamam de ‘comportamento desviante’, se encontre dentro do leque da forma típica de ação humana, e que vá existir para sempre. As circunstâncias sociais determinam mais “como” do que o “se” da criminalidade: [...]. Isto não implica que não devamos esforçar-nos por um aumento do bem-estar geral. Mas não se espere daí uma eficaz diminuição da criminalidade. (ROXIN, 2008, p.4)

Deve-se considerar no entanto, que o endurecimento das penas, através de uma análise de eficiência, decorrente de um utilitarismo não garantista, não trará à sociedade o efeito esperado do direito penal, que não tem de fazer as vezes ou se adaptar à política criminal, servindo-a como se fosse um dos seus subsistemas. Em um Estado de Direito, a principal função do direito penal é conter o avanço do poder punitivo e das políticas criminais abusivas, já que, aquele que pratica crime só encontra proteção nas normas penais.

Para Hassemer, o endurecimento do direito penal e do processo penal deve-se a uma política criminal decorrente da dramatização dada à violência, que acaba por efetivar o crescimento individual e social de insegurança. Ocorre, no entanto, que a forma como tais decisões estão sendo tomadas mostra-se incompleta, na medida em que não são capazes de alcançar uma real estabilização social, e, por consequência, um direito penal eficaz. Percebe-se que a combinação das necessidades da modernidade com a ideia de eficácia faz surgir um direito penal social, repressivo da violência, ao lado de um direito penal tecnocrático de direção social³¹. (HASSEMER, 1999, p.44)

Tal fenômeno é notado no caminho percorrido pelo novo modelo penal que vem se desenhando nos últimos anos, visando combater a violência a qualquer custo, acaba por tender muito mais para um direito penal máximo, do que para um modelo garantista, de mínima intervenção do direito penal e que atenda aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

³¹ *Esta mayor dureza del derecho penal material y del derecho processual penal se debe a una política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad. Pero el catálogo de estas medidas es aún incompleto, le faltan esos instrumentos rectores que actualmente caracterizan un derecho penal eficaz y deben ser tomados en consideración si es que se quiere obtener una imagen completa del actual desarrollo del derecho penal. La combinación de los criterios de modernidad y eficacia hace surgir en cierto modo, junto a un derecho penal social (de cuello azul) repressivo de la violencia, un derecho penal tecnocrático (de cuello blanco) de dirección social.* (HASSEMER, 1999, p.44, tradução nossa)

A atual política criminal de eficiência, ao não preservar as garantias constitucionais, debilitando seus princípios, parece não se preocupar em observar a mais importante missão do direito penal, qual seja, conter avanços desproporcionais do poder punitivo do Estado.

Observa-se que o modelo penal de eficiência, prefere abrir mão da observância de alguns aspectos penais garantistas, em benefício do combate à violência, em uma análise ponderada de interesses, custos e benefícios. Tal análise, no entanto, mostra-se perigosa, uma vez que os interesses são voláteis, variáveis de acordo com o momento político vivido pela sociedade, bem como pelas pré-compreensões daqueles que julgam, gerando uma instabilidade jurídica e social que, a princípio, visava-se afastar com o aumento da eficácia.

Dessa forma, nota-se uma simplificação do problema da violência e dos meios de contenção do seu avanço na sociedade. A contenção e repressão da violência não devem estar concentradas no endurecimento das decisões judiciais, já que, desta forma, estarão atacando o problema de forma irracional e rasa, falseando a realidade por meio de um direito penal simbolicamente eficiente. Não se pode esquecer que a violência sempre se fez presente na sociedade, porém não existia a sua dramatização através da propagação do medo pela mídia.

O fenômeno da violência está relacionado com a insuficiência de outras políticas sociais de base, tais como educação e a saúde, que se não forem fomentadas pelo Estado sempre trarão como consequência a segregação social e o agravamento da crise da política criminal estatal. Essa visão rasa acerca do fenômeno da violência, gera uma visão distorcida do que seja um direito penal eficaz, que, buscando trazer a paz social através das suas decisões, acaba por inobservar as garantias e princípios constitucionais, gerando um direito penal contraproducente, em que pese a aparência de efetividade.

Para o cidadão leigo, sem conhecimentos técnicos acerca da dogmática penal, a eficiência penal está atrelada a concretização de medidas coercitivas e constritivas da liberdade, não havendo nenhuma preocupação com a observância dos limites constitucionais. Percebe-se, no entanto, que apesar do notório encrudesimento das decisões judiciais, os índices de violência não parecem ter diminuído, não havendo entre elas uma necessária relação de causa e efeito. Esse novo modelo de direito penal gera apenas a sensação de segurança, convertendo-se num mecanismo puramente simbólico, com mero efeito psicológico perante a população, não conseguindo cumprir a sua função preventiva.

A eficiência do chamado 'Direito Penal moderno', segundo meu juízo, é apenas aparente, incidindo unicamente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança. Em outras palavras, convertendo-se num mecanismo puramente simbólico e abandonando o terreno do instrumental. (...) Está claro que, se um Direito Penal de prevenção geral positiva converte-se em Direito meramente

simbólico, de pura aparência de eficiência, então a médio e longo prazo tampouco terá cumprido a sua função preventiva. Desse modo, evidentemente, construirá um dos mais claros exemplos de Direito ineficiente, pois, com custos supostamente (apenas supostamente) mais baixos, na verdade não terá conseguido vantagem real alguma. (SÁNCHEZ, 2004, p.54)

Não se quer dizer com isso que o direito penal não possa ter um caráter eficiente, mas que as decisões judiciais devem ser tomadas com as cautelas necessárias à observância da norma constitucional, que não são entraves à contenção da violência, mas, destaque-se, uma segurança concedida a todo cidadão que possa vir a ser submetido a um processo penal justo e legal.

O sistema penal não pode ser convertido em risco, onde, a depender da necessidade política e social, haja uma alteração nas regras de julgamento. Tal situação feriria o princípio da igualdade, já que abriria a possibilidade de aplicação diferenciada da norma, fora dos parâmetros permitidos de discricionariedade, mas apenas dependente na necessidade da demonstração para a sociedade do aumento de prisões decretadas e de julgamentos efetivados. A busca por um direito penal eficiente deveria encontrar limitações legais e éticas.

Nesse sentido os direitos fundamentais aparecem como limites intransponíveis em relação às considerações de eficiência. Pode-se afirmar que o conceito de eficiência não é absolutamente incompatível com o direito penal, mas não pode ser visto de forma isolada e preponderante. Assim, toda vez que tal consideração tiver como consequência a sanção, as garantias constitucionais devem ser preservadas.

Nesse sentido Sánchez:

De minha parte, e ainda que pese o dilema apresentado nas páginas anteriores, inclino-me por aceitar, em princípio, a possibilidade de que um princípio de eficiência possa ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Estado. Todavia, isso pressupõe repúdio de uma interpretação tecnocrática do juízo de eficiência, para poder sustentar a abertura desse juízo à sociedade, a fim de permitir a autêntica integração em seu seio dos princípios de garantia. Assim, torna-se imprescindível 'sair' da ideia limitada de eficiência (impraticável neste ponto) para conhecer o valor que, no contato social, assinalou-se a todos e a cada um dos direitos e princípios de garantia jurídico-penal. (SÁNCHEZ, 2004, p.67)

Porém, o que se verifica na prática é que o direito penal segue cada vez mais o caminho da busca da eficiência sem alcançar os princípios garantistas e as regras de imputação, mormente pelo fato de tal forma ativista de se fazer política criminal mostrar-se mais barata do que a implantação de mecanismos jurídicos-administrativos de eficiência, além de trazer uma enorme satisfação social.

Ao se falar de eficiência, deve-se ter em mente que a mesma está atrelada a ideia de justiça, não significando, no entanto, que esta última seja consequência lógica da outra. Para que haja justiça, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana devem ser observados no momento da tomada de decisões, sob pena do direito não conseguir atingir seus fins. A estabilização social através do sacrifício de direitos constitucionais de um cidadão, apesar de compatível com o pensamento utilitarista antigarantista, não trará a estabilidade social almejada, nem tão pouco a justiça.

Aqui, vale ressaltar a importância da concepção matricial onto-antropológica de cuidado de perigo defendida por Faria Costa. Para ele o sistema do direito penal deveria ter um fundamento, encontrado na relação onto-antropológica de cuidado de perigo; uma função, qual seja, a proteção de bens jurídicos com dignidade penal, ou seja, de forma subsidiária e fragmentária, e uma finalidade, que seria a realização da justiça para a pacificação social (FARIA COSTA, 2007, p.19)

Nesse sentido, para que as decisões judiciais estivessem de acordo com os mandamentos desse sistema, e fossem legitimamente eficientes, deveriam atender ao seu fundamento, a sua função e deveriam atingir a sua finalidade. Não se deve perder de vista, no momento da prolação da decisão judicial que o magistrado deve adotar uma posição razoável e ponderada, lembrando-se não só do cuidado com o eu para consigo mesmo, mas também com o cuidado para com o outro.

Sem a observância desse cuidado, as decisões judiciais, em que pesem eficientes, não gozarão de legitimidade jurídica e constitucional, já que continuarão caracterizadas pelo utilitarismo e pragmatismo antigarantistas. O conceito de justiça, eficiência e garantismo devem andar juntos, sendo necessário um equilíbrio entre eles, uma vez que há uma grande tendência de injustiça e perigo ao regime democrático, a prolação de decisões apenas eficientes, que não observam os princípios e garantias constitucionais.

[...] direitos e garantias estão, *a priori*, sujeitos ao jogo das preferências individuais (articulado formalmente no consenso). Pois bem, convém não esquecer que essa eficiência – assim como qualquer outro princípio jurídico-normativo, inclusive como eventual princípio integrador de todos os demais – não constitui obviamente um fim em si mesmo, mas limita-se a ser um meio, com a pessoa como horizonte. Por isso, há de vigorar aqui, adicionalmente, os limites ontológicos derivados da ideia de pessoa e que, a meu juízo, operam diante de qualquer construção normativa. (SÁNCHEZ, 2004, p.68)

Um direito penal eficiente traz consigo o risco do elevado custo a ser pago através da renúncia aos princípios constitucionais. A busca pela eficiência penal deve ter sempre em mente o ser humano, devendo ser a preservação dos seus direitos o principal ponto a ser

verificado. O fato de determinada decisão estar de acordo com a pretensão social de justiça e do combate a violência não deve afastar o real sentido da norma penal que é a garantia da liberdade do cidadão através do contenção do avanço do poder punitivo estatal.

[...] justamente nos tempos, nos quais se cuida mais da sociedade do que do indivíduo, onde se cuida mais dos distúrbios do que das injustiças, mais da efetividade do que da normatividade, as tradições normativas e pessoais do Direito Penal poderiam ser uma orientação prestimosa. (HASSEMER, 2007, p.207)

O problema do novo modelo penal, que vem se moldando e fortalecendo ao longo dos últimos anos, é não se preocupar com o respeito às normas constitucionais, uma vez que estas muitas vezes vão de encontro com a necessidade de respostas rápidas e duras a uma sociedade que, alarmada pela expansão do medo e da insegurança, clama por justiça a qualquer custo.

4.3 A influência dos meios de comunicação na fixação dos parâmetros jurisprudenciais

A violência, sempre presente na sociedade, ganhou maior relevância nesta fase da modernidade, tornando-se um fenômeno mais perceptível pelas pessoas, mormente diante do incremento da informação e respectivos meios de transmissão. Ao passo que o individualismo ganhou força, as relações sociais tornaram-se mais complexas, haja vista o aumento do choque entre os interesses pessoais e aqueles afetos à comunidade.

O modo social pós-industrial passou a ser encarado como “sociedade de risco”, ou seja, de danos não delimitáveis, globais, e muitas vezes irreparáveis, que afetam todo os cidadãos e que surgem de decisões humanas. Com o incremento da técnica, aumentou-se o bem-estar individual e junto com ele o risco de procedência humana, decorrente das decisões tomadas pelos indivíduos. Aumentou-se o abismo social existente entre as classes, tendo em vista a crescente concorrência própria de uma sociedade tecnológica, colocando-se parte da população em situação de marginalidade. Assim com o avanço tecnológico, houve o crescimento da violência não só pelo surgimento do fenômeno da criminalidade de massa, mas também da sua forma organizada. (SANCHEZ, 2002, p.29-30)

Tal sociedade de risco se caracteriza por ser uma sociedade de insegurança, tendo em vista os conflitos decorrentes das pretensões individuais na busca do seu bem-estar. Há um “individualismo de massas”³², no qual a sociedade não é mais uma comunidade, mas um

³² Expressão utilizada por Sánchez em a Expansão do Direito Penal ao dispor que se trata do modelo hoje dominante. (SÁNCHEZ, 2002, p.35)

conglomerado de indivíduos que visam de forma atomizada, centralizada, uma íntima satisfação dos seus desejos e interesses.

A sensação geral de insegurança é traço marcante das sociedades da era pós-industrial, caracterizada pelo medo que os homens têm de atos decorrentes de sua própria conduta. Vale ressaltar que tal sensação de insegurança é incrementada pela abundância informativa e pela velocidade na transmissão das informações, que muitas vezes pecam pela sua falta de autenticidade. Haveria, portanto, uma correlação entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação.

Como consequência da propagação da informação, poderá ser detectada uma dissonância da real violência, configurada em um sentimento objetivo, com aquele sentimento de pavor incutido na sociedade. Há uma elevada “sensibilidade ao risco”, ou melhor “a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência dos mesmos.” (SANCHEZ, 2002, p.37)

A transmissão da informação à sociedade é realizada, muitas vezes, de forma irresponsável, sem deter um conteúdo técnico, aguçando o sentimento de pavor já instalado e decorrente da complexidade das relações. O medo passou a ter grande valor no mercado midiático, explorando-se as notícias relacionadas a determinadas situações nas quais a violência passou a deter posição de destaque, banalizando situações realmente legítimas, cuja notícia tivesse real importância social.

[...] os meios de comunicação, que são os instrumentos da indignação e da cólera pública, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que acreditava reservada aos tempos revoltos. (SÁNCHEZ, 2002, p.38-39)

Atualmente, os meios de comunicação de massa, passaram a deter colocação fundamental na formação de opinião da coletividade. Com base nas informações exploradas fortemente pela mídia, a maioria das pessoas se imaginam como legitimadas a abordar questões de ordem penal, processual penal, bem como de política criminal. O delito e a violência assumiram o papel de produtores de entretenimento, porém, ao mesmo tempo, passaram a configurar parte integrante do exercício de poder do sistema penal, ao possibilitar a criação, através de um populismo penal midiático, de um punitivismo popular.

Segundo Zaffaroni, a comunicação produzida pela mídia no que tange a fatos criminosos se configura numa espécie de “criminologia midiática”, através da qual há um apelo à criação de uma realidade, através da informação, sub-informação e desinformação,

que se convergem com preconceitos e crenças, tendo como base uma etiologia criminal simplista, assentada em uma “causalidade mágica”. (ZAFFARONI, 2013, p.141)

A mídia passou a assumir papel fundamental na formação da opinião pública naquilo que fosse considerado bem e mal, através da representação de uma realidade criminosa por meio de esteriótipos simples, mas também chamativos, capazes de ser compreendidos pelo público de forma direcionada e rápida, propagando o medo individual de se tornar vítima de uma situação similar, criando assim uma sociedade apavorada por uma suposta propagação acelerada da violência. Cria-se, pela criminologia midiática, uma realidade de pessoas decentes, “nós” e “eles”, cuja convivência incomoda à sociedade, os “maus”.

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes, diante de uma massa de criminoso, identificada através de estereótipos, que configuram um eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. Os eles da criminologia midiática incomodam, impedem que se durma com portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e, por isso, devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos nossos problemas. Para isso é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem nenhum obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros, imaculados. (ZAFFARONI, 2013, p.143)

A necessidade de segurança e estabilidade social cresce a medida em que há uma maior propagação das informações acerca da expansão da violência, buscando-se no direito penal a solução para tal problema social. Desta forma, nota-se a utilização dos instrumentos penais e processuais penais como ferramentas úteis e necessárias à pacificação social, deixando o direito penal de ser a última razão, para ocupar o lugar de *prima ratio* nessa função.

A urgência de resposta concreta e conjuntural leva a duas grandes contradições etiológicas, pois, por um lado, atribui à criminalidade uma decisão individual e, por outro, estigmatiza um conjunto com características sociais parecidas; ademais, proclama uma confiança absoluta na função preventiva dissuasória da pena, mas ao mesmo tempo promove a compra de todos os meios físicos de impedimento e defesa. (ZAFFARONI, 2013, p.147)

Verifica-se assim, um panorama irracional de clamor popular, que busca no poder judiciário, através do direito penal, a forma mais rápida de se alcançar soluções a problemas sociais relacionados a questões de segurança pública. Para a sociedade, a dura punição daqueles que cometem ilícitos penais seria o caminho mais curto e eficiente de se alcançar a tão almejada segurança e pacificação social.

Este eles desenha um mundo de nós os bons e eles os maus que não deixa espaço para a neutralidade, como também não existe na guerra. A prudência não tem espaço na criminologia midiática, toda tibieza é mostrada como cumplicidade com o crime, com o inimigo, porque constrói um mundo bipolar e maciço, como o agostiniano nos tempos da Inquisição. (ZAFFARONI, 2013, p.145)

Ao direito penal foi anexada a etiqueta da eficiência, sendo esperado a partir de suas decisões pronta solução a questão da violência, depositando nas decisões do poder judiciário a esperança de uma arma potente contra o mal. Nesse sentido, não é aceitável, pela sociedade, e condenado pela mídia, a utilização fracionária e mínima do direito penal, esperando-se a sua aplicação de forma máxima, excessivamente severa e ilimitada, sem a preocupação da observância das garantias constitucionais.

Assim, verifica-se um clamor para que se resolvam os problemas de segurança pública através do endurecimento não só das leis, mas das decisões judiciais, gerando uma constante ameaça a liberdade não só daqueles que cometem o ilícito penal, mas de toda a sociedade.

O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. (BATISTA, 2002, p. 03)

Há uma midiaticização da justiça que acaba influenciando a decisão do julgador. Vale ressaltar que a publicidade do processo é uma garantia fundamental que caminha ao lado da liberdade de expressão, mas, pode ser convertida num grande entrave para a realização de julgamentos pautados no devido processo. Muitas vezes, e agora ainda mais, devido à popularização da internet, a cobertura midiática dos julgamentos, não raro, se traduz numa publicidade opressiva.

Não há dúvidas que a liberdade de expressão e a publicidade são garantias constitucionais que visam a proteção e a dignidade do indivíduo, não podendo, no entanto, ser convertidas em instrumento de opressão, prejudicando o direito ao julgamento justo e que observe os limites legais e constitucionais ao poder punitivo estatal. É por isso que, em casos concretos, deve ser possível limitar a publicidade em prol da garantia da dignidade do indivíduo.

Nilo Batista dispõe que existe uma equação penal no sentido de que se houver delito, tem que haver pena, e dessa equação resulta, como uma de suas consequências, o incômodo gerado pelos procedimentos legais necessários à constatação, pelo Poder Judiciário, de que um

delito efetivamente aconteceu e para a responsabilização penal daquele que o praticou. Verifica-se assim, tensões graves entre o delito noticiado diante da necessidade da observância dos princípios penais e processuais penais, tais como o devido processo legal, a plenitude de defesa, da culpabilidade e da presunção de inocência. Tais tensões são muitas vezes solucionadas através da flexibilização e cortes nas garantias, que são os elementos que distanciam o delito noticiado da pena almejada pela sociedade. (BATISTA, 2002, p. 04)

Verifica-se, como consequência do clamor popular, propagado e fomentado pela mídia, um sentimento de se alcançar a justiça a qualquer custo, buscando cada vez mais o Poder Judiciário para solucionar conflitos, e dele cobrando posições mais duras e eficientes. Não há uma preocupação popular com a observância das normas que regem o sistema penal garantista, mas, sim, com o afastamento da insegurança e da violência do seio social. Busca-se, através das decisões judiciais a objetivação de um sentimento de justiça adormecido por décadas, traduzindo uma demanda moral. Nesse sentido o discurso midiático tem influenciado nas decisões tomadas pelo STF e outros órgãos do Poder Judiciário brasileiro, gerando a deterioração dos direitos humanos.

Vale ressaltar que a busca social por justiça acaba se revelando como uma reação popular, ainda que inconsciente, à queda da efetivação do poder político relativa à contenção do avanço da violência na sociedade. Há uma falência estatal na operacionalização das políticas públicas de segurança pública, situação esta que tem como consequência a busca, nas decisões proferidas pelos juízes, do pagamento das promessas públicas feitas ao cidadão.

Há uma ascensão da importância do etiquetamento daquilo que sejam decisões justas, que, nessa fase da modernidade, acaba por refletir a evolução do individualismo, embasado-se tal conceito muitas vezes na vontade de se concretizar um desejo de vingança, alimentado pela opinião pública. Desta forma, o direito penal deixa de ser a *ultima ratio* para ser o primeiro recurso utilizado diante da necessidade de vingança e de pronta resposta exigida pela sociedade. Diante desse quadro percebe-se uma nítida diabolização do infrator e uma proteção ilimitada da vítima, numa luta entre o bem e mal, retrato de uma visão maniqueísta, da qual origina-se o populismo.

O que vem se verificando nas entrelinhas das decisões judiciais populistas é a propagação da presunção da maldade humana, retornando-se da ideia de Hobbes de que todo o homem é mau por natureza. Para tal filósofo, no estado de natureza, os homens podem todas as coisas e, para tanto, utilizam-se de todos os meios para atingi-las, consagrando a ideia de que os fins justificam-se aos meios. (HOBBS MALMESBURY, 1651, p.23-24)

Assim, segundo a lição de Hobbes, um homem só se impõe a outro homem pela força, percebendo que tudo é possível em seu estado natural, sendo que todo homem é uma ameaça em potencial ao outro homem. Para Hobbes, a liberdade absoluta e a evidência da potência das faculdades naturais do homem desencadeiam essa desconfiança recíproca e contínua, gerando medo. Diante de tal quadro Hobbes coloca no Estado, o Leviatã, a função de sanar eventuais desordens internas que poderiam surgir na sociedade. (HOBBS MALMESBURY, 1651, p. 59-60)

No entanto, deve-se ter em mente que a nossa Constituição, ao tratar dos direitos e garantias penais e processuais penais, seguiu entendimento diametralmente oposto ao adotado por Hobbes, ao dispor em seu art. 5º, LVII, da CF, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Assim, o ser humano, a princípio, deve ser considerado bom, inocente, não-culpado, até decisão definitiva, transitada em julgado, imutável, que, quando em sentido diverso e, somente, assim, poderá ser considerada uma pessoa culpada. Assim, não há espaço, na interpretação conforme o conteúdo material de nossa Constituição Federal, para uma interpretação, nesse ponto, na linha hobbesiana.

Em que pese a lógica constitucional, a mídia assume importante relevo na formação de uma opinião massificada de que a justiça só se fará presente na sociedade a partir da adoção, pelos membros do poder judiciário, de uma postura inclinada ao direito penal máximo. A nobreza do combate a violência serve como justificativa para se colocar a posição ativista acima das leis e do processo democrático.

Assim, a mídia contribui para a homogenização de uma ideologia que deteriora os direitos humanos através da concretização de discursos por meio das decisões judiciais. A mídia se apresenta como ferramenta indispensável para a manutenção do *status quo*, legitimando a adoção de medidas excepcionais. Não devemos esquecer que vivemos em um Estado Democrático de Direito e que tal modelo mostra-se incompatível com o princípio da razão de Estado, tendo em vista que, neste último, os fins justificam os meios, mesmo que se esqueça de se observar a ordem legal e os princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais.

Há, no entanto, uma tentação populista que vem influenciando as decisões judiciais penais de forma negativa. Passou-se a abrir mão da aplicação das garantias constitucionais, para viabilizar decisões desejadas pela sociedade e, desta forma, legitimar a conduta judicial, não com base no constante nas normas, mas conforme aquilo almejado pela opinião pública. O direito penal deixa de ser um instrumento de reação frente as graves lesões às liberdades

dos cidadãos para se transformar em um instrumento de política criminal, tornando o poder judiciário, através de suas decisões, uma promessa de justiça.

Além da criminologia midiática influenciar as pessoas profanas, que não detém o conhecimento jurídico, os variados órgãos do Poder Judiciário nacional, tendo como respaldo as decisões proferidas pelo STF, acabaram cedendo às pressões punitivas de uma população que não detém nenhum conhecimento da realidade penal que enfrentamos. A atividade jurisdicional criminal passa a ser influenciada pela mídia, transformando os juízes em atores essenciais na construção de um novo direito penal, que não respeita a essência constitucional garantista. Nessa situação midiática, os juízes se preocupam em se adequar ao padrão de eficiência exigido pela sociedade, abrindo margem ao cometimento de abusos.

A mídia é um fator real de poder, detendo uma enorme força social. Os órgãos de comunicação social não apenas informam acerca dos trabalhos da justiça, mas exprimem opinião sobre determinados casos, tomando partido nas situações, interferindo no desenrolar das causas ao revelar elementos de prova, avaliando os trabalhos dos envolvidos, prejudgando os envolvidos e buscando formar um consenso popular. Assim, verifica-se que a mídia não mais se contenta com seu papel informador e crítico dos trabalhos realizados pelo Poder Judiciário, mas quer e necessita intervir diretamente no curso dos acontecimentos, acumulando a função de encenador e ator.

Os discursos políticos, emocionais e apaixonados, transmitidos através dos meios de comunicação, atendem ao anseio popular de se alcançar a justiça pela da condenação do acusado, apenas por ser a parte contrária à vítima, verificando-se um processo de diabolização daquele a quem é imputada a figura delitiva. Há uma necessidade social de se resgatar uma moral perdida, surgindo, desta forma, uma sociedade menos tolerante, menos solidária, individualista.

Porém, diante da força normativa da Constituição, as normas constitucionais, mormente na seara penal e processual penal, deveriam ser fielmente observadas pelo Poder Judiciário e influenciar de forma decisiva na sua atuação, refletindo, desta forma, a ideia de expansão constitucional, ou seja, a de que o seu conteúdo normativo e axiológico teria de ser pulverizado e absorvido por todos os ramos do direito.

A força normativa da Constituição não depende apenas do seu texto, mas, inclusive, da prática e concretização do que nele está inserido. Não somente a realidade social influi no direito, mas o direito também influi na realidade social, que, diante dos conflitos que nela surgem, é chamado a resolver determinado conflito com base na norma constitucional.

O STF vem recebendo forte influência popular no exercício de sua jurisdição, deixando, muitas de suas decisões, de buscar o real sentido da norma constitucional, para destacar aquilo que a sociedade deseja. Aparenta-se, assim, que a força normativa da Constituição vem perdendo posição diante do crescimento da jurisprudência de exceção, que demonstra o abandono dos preceitos constitucionais em prol do clamor popular por justiça.

A vingança, a busca da justiça a qualquer custo, sem se preocupar a forma como foi alcançada, foram alçadas pela sociedade como referências a serem seguidas pelos juízes, depositando nesses humanos a esperança da recuperação da noção de moral perdida na sociedade. Há um endeusamento daqueles que proferem decisões de caráter aflagrante, seja decretando uma prisão provisória, seja realizando uma condução coercitiva ou proferindo uma decisão condenatória, mesmo que assim o faça em desrespeito aos direitos dos acusados, das regras de humanidade, dos preceitos fundamentais constitucionais.

Por outro lado, aqueles julgadores que não se esquecem de obedecer a norma constitucional, ao proferirem decisões que coloquem o acusado em liberdade ou que, ao observar os seus direitos, prolatam decisões que não tragam em si a dureza almejada pela sociedade, são negativamente etiquetados como fomentadores da violência. Tal quadro é sustentado pela força que exercem os meios de comunicação e a opinião pública nas decisões judiciais, demonstrando ser a mídia e o povo fatores reais de poder que determinam o sentido da Constituição.

4.4 O populismo penal como fruto da busca social por justiça e a alteração do paradigma jurisprudencial do STF

O novo modelo penal aqui descrito pode ser verificado, de forma clara, a partir da Ação Penal nº 470/MG que tramitou no STF (BRASIL, 2013), conhecida como “Mensalão”, tendo incentivado um aumento de decisões judiciais, baseadas na eficiência decorrente de um pensamento utilitarista antigarantista. Notou-se o abandono no cuidado da observância do fundamento, da função e finalidade do sistema penal garantista, que tem como referencial as normas trazidas pela Constituição Federal de 1998.

A Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013) pode ser tratada como o marco da instabilidade da segurança jurídica, tendo em vista a alternância e a fluidez dos parâmetros de julgamento que a partir dela passaram a ser adotados pelo STF, variáveis de acordo com uma maior ou menor influência da opinião popular e da mídia. Alguns processos são mais midiaticizados do que outros, recebendo maior repercussão popular, fazendo com que as

decisões sejam proferidas de forma a atender as pretensões da sociedade, esquecendo-se de se observar a técnica e as normas constitucionais.

Nesse sentido, verifica-se, em sede da citada ação, que para a condenação do então Ministro José Dirceu, utilizou-se de uma interpretação equivocada quanto à teoria do domínio do fato³³, no sentido de que apenas seria necessária a sua posição hierárquica de gestor, em uma presunção de culpabilidade por conhecimento e controle da situação, sem a necessidade de prova nesse sentido.

Tal posicionamento, no entanto, em que pese tal decisão, não foi mantido em outros julgamentos posteriormente proferidos pelo STF mas que, de forma diversa, tiveram menor repercussão popular e midiática. Na Ação Penal nº 975/AL (ANEXO B) e no HC nº 127397/BA (ANEXO C), processos que não foram eleitos pelos profanos como de grande repercussão, o STF passou a adotar entendimento condizente com a real intenção de Claus Roxin, que já havia criticado o uso inadequado da sua teoria pelo STF.

Em entrevista conferida a um jornal de grande circulação nacional, Roxin condenou o uso da teoria do domínio do fato para condenar indivíduos apenas por estarem colocados em posição hierarquicamente superior aos demais. Afirmou Roxin que julgar desta forma seria uma má utilização da sua teoria.

Quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado a pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. [...] A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção ‘dever de saber’ é do direito anglo-saxão e não a considero correta. (ROXIN, 2012)

Após o julgamento da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013), o STF vem oscilando a sua produção jurisprudencial, não observando em todos os casos julgados por tal Corte uma uniformização quanto à preservação dos princípios determinados pela Constituição Federal ao se tratar de matéria penal.

Em sede do HC nº 126.292/SP (ANEXO D), o STF proferiu decisão modificando sua jurisprudência pacificada desde de 2010, no que toca a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória. O HC nº 84.078/MG (ANEXO E), firmou entendimento conforme orientação constitucional no sentido de que a Lei de Execução

³³Teoria do Domínio do Fato foi desenvolvida por Claus Roxin, baseada em uma descrição restritiva da participação, dispõe que em delitos de domínio, para que haja a autoria não basta figurar em posição hierarquicamente superior aos demais autores, necessário provar que detinha conhecimento da prática do crime, bem como que houve seu direcionamento finalístico para a concretização do mesmo. Autor de um delito é aquele que pode decidir sobre aspectos essenciais da sua execução, e que dirige o processo que desemboca no resultado. É essencial a existência do domínio acerca dos fatos para que se caracterize determinado indivíduo como autor. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p.538-539)

Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, já que a Constituição Federal de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, devendo a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente ser decretada a título cautelar.

O HC nº 126.292/SP (ANEXO D), trouxe novo entendimento jurisprudencial, conforme desejo de justiça da sociedade, reverberado e incentivado pela mídia, possibilitando a execução provisória após confirmação de condenação dos acusados pela segunda instância, alegando-se, para tanto, o exaurimento de exame de fatos e provas e a fixação da responsabilidade criminal do acusado.

Percebe-se, desta forma, uma inversão do princípio da presunção da inocência e uma deformação da presunção de não culpabilidade, que só devem ser afastados após o trânsito em julgado da condenação, o que pressupõe o exaurimento de qualquer recurso, não havendo margem a uma interpretação que possibilite à restrição da garantia do indivíduo contra o avanço do poder punitivo estatal.

Observa-se cada vez mais, inclusive, abusos não apenas no direito penal material, mas também no processual, tais como aqueles cometidos no âmbito das operações policiais e ratificadas por decisões judiciais despidas de questionáveis fundamentos legais. Isso é o resultado da necessidade de se ofertar à sociedade uma pronta resposta ao seu anseio por justiça.

A busca por justiça pela sociedade, no entanto, não pode ser qualificada como legítima, uma vez que viciada pela propagação e pelo fortalecimento dos sentimentos de medo e de insegurança, que tornam-se mais fortes com o crescimento da violência. Há uma irracionalidade e uma despreocupação com a observância nas normas constitucionais, ou por não compreendê-las, ou por não aceitá-las, diante de fatos que são tratados pelos meios de comunicação de forma atécnica.

Observa-se, na prática, a instauração de um verdadeiro populismo penal, que busca legitimar, através da exploração do medo e da insegurança, não só o endurecimento de novas leis, mas também a fixação de um novo paradigma hermenêutico patentemente contrário às normas constitucionais, porém velados pelo manto da legitimidade constitucional forjada através de decisões judiciais com a aparência de legítimas. Assim, o populismo penal é a base discursiva e prática de uma política pública sem resultados, no que toca ao problema da insegurança social e que se concretiza através de uma justiça repressiva, através do endurecimento da pena.

Segundo Luiz Flávio Gomes, para que o populismo penal possa existir é necessária a presença de uma democracia de opinião³⁴, de apoio popular, caracterizando-se pela busca de apoio popular ao endurecimento penal, bem como pela instrumentalização do direito penal como arma política e eleitoreira. Percebe-se, desta forma, um incremento do direito penal do inimigo, havendo uma seletividade social de quem são aqueles que devem sofrer um incremento das aflições decorrentes de penas mais duras, como forma de castigo e vingança. (GOMES, 2013)

No que toca ao regime democrático, importante destacar que o mesmo visaria uma forma de se dissipar o poder político, protegendo a esfera privada contra invasão da pública, mas mostra-se também como instrumento através do qual as pessoas podem impor socialmente o desprezo que sentem pelos atos autoreferenciados dos outros. Na prática, em um regime democrático observa-se o egoísmo, o individualismo, que partem de uma ignorância generalizada. (POSNER, 2009, p.26-27)

Ainda tratando-se do populismo penal, o mesmo cresce na medida em que há difusão do medo e da insegurança pela criminologia midiática³⁵, que assume o papel, a partir da exploração e espetacularização do medo e da insegurança. O processo populista se retroalimenta e se incrementa diuturnamente com a “sensação de impotência” do cidadão, que, amedrontado, inseguro e desnortado, almeja uma demanda vingativa. Busca-se a justiça através do poder punitivo, mas de forma despreocupada com os meios utilizados, importando-se apenas com a concretização da segurança individual e social.

Tal quadro verifica-se diante da ilusão criada de que medidas mais duras, mesmo contrárias à ordem constitucional, são necessárias e suficientes para a solução da criminalidade, da delinquência, e, conseqüentemente, do medo. O que não se percebe é que o produto final gerado pelo populismo penal é, como já dito, um direito penal autoritário, antiético, irracional, excessivo, demagógico, fundamentalista e antigarantista.

O populismo penal é, ao mesmo tempo, um discurso e uma prática punitiva, que ganhou força de forma paralela, mas também complementando discursos como o de lei e ordem, tolerância zero e direito penal do inimigo. Para a proliferação do populismo penal é

³⁴ Democracia de opinião pública é o regime que se exerce e sustenta mediante um continuado diálogo com diversos segmentos da cidadania. Não se trata apenas, de apelar para o povo na fase eleitoral, buscando votos, mas as opções do governo, seus valores, seus procedimentos, resultam das tendências predominantes na opinião pública. Esta é continuamente consultada, através de várias modalidades, que incluem o diálogo com organizações da sociedade civil e frequentes levantamentos de opinião pública a respeito de questões relevantes, em função da qual são tomadas as decisões do governo. (JAGUARIBE, [2000?])

³⁵ Termo utilizado por Zaffaroni, que significa no apelo a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseada em uma etiologia criminal simplista, assentada na causalidade mágica. Esclarecemos que o mágico não é a vingança, e sim a ideia da causalidade especial que se usa para canalizá-la contra determinados grupos humanos, o que, nos termos da tese de Girard, os converte em bodes expiatórios. (ZAFFARONI, 2013. p. 140)

necessário a existência de um regime democrático, já que nele a vontade dos cidadãos deve ser respeitada. Como o populismo penal precisa do apoio e do consenso popular para fazer valer suas teses, vê nas democracias um terreno fértil para seu avanço, bastando que a população as apoie.

Portanto, busca-se na opinião popular o apoio necessário para o endurecimento penal e processual penal, valendo-se da sua utilização justiceira, ainda que contraria ao ordenamento jurídico, como arma política e eleitoreira, em um verdadeiro engodo da democracia, tendo em vista a ineficiência de tais decisões.

Tal demanda social, baseada em um discurso populista alimentado pela sensação de impotência do cidadão, acaba se transformando, desta forma, em base justificável da aplicação da norma penal visando a concretização de uma vingança social, desvirtuando a real função do direito penal.

No entanto, a concretização dessa situação de influência do populismo penal poderá vir a efetivar indesejável panorama jurídico reflexivo de típico estado de exceção, com o fortalecimento irrazoável e desproporcional deste tipo de sistema penal, representativo de situação de emergência, em detrimento da necessária concretização dos direitos fundamentais individuais, tais como a presunção de não-culpabilidade. (ROCHA; ROCHA JÚNIOR, 2016, p.13-14)

Verifica-se, atualmente, que, na prática, há uma atuação populista dos agentes públicos, detentores do poder punitivo, tais como policiais e juízes, dando vida a um novo direito penal autoritário e de exceção, baseado na eficiência, ora relacionada aos números exigidos pelos órgão de controle, ora atrelada a necessidade de atender o clamor popular de se alcançar a justiça, não importando os meios utilizados.

Quanto à influência de fatores externos, a vontade popular passou a ser considerada, de forma destacada, no momento da prolação das decisões judiciais, principalmente em relação às de caráter penal. As decisões penais ganharam grande repercussão social, verificando-se um crescimento da preocupação do magistrado, seja velada ou não, na repercussão social sobre aquilo que foi por ele decidido, diminuindo, no entanto, a cautela em se observar o dever do juiz de proferir decisões imparciais, baseadas apenas nos fatos trazidos nos autos.

O STF passou a adotar uma posição ativa na construção de uma política criminal utilitarista, revelada pela eficiência das suas decisões, esquecendo-se da sua função limitadora de abusos estatais, tendo em vista o abandono da observância das normas constitucionais garantistas. Nesse sentido, passou-se a perceber uma fluidez e instabilidade de suas decisões,

que passaram a variar de acordo com as necessidades sociais e com o senso comum, sendo etiquetadas, desta forma, como justas e legítimas.

Porém, a jurisprudência e o sentido da norma penal não podem ser alteradas sempre que for conveniente ao órgão julgador e ao clamor social. Agir dessa forma geraria uma insegurança jurídica que, a médio e longo prazo, resultaria numa efetiva instabilidade social. Não está se afirmando que o poder decisório do juiz deveria ser estático, mas, sim, que deveria ser limitado à observância das normas vigentes.

Isso, contudo, não aponta para um cenário de pobreza na aplicação da lei. É que a interpretação constitucional deve se fazer presente nas decisões judiciais, no intuito de se acompanhar a evolução social e o aumento da complexidade das suas relações, sem perder de vista a necessidade da manutenção da essência da Constituição Federal, que orienta todo o ordenamento jurídico pátrio, baseada no Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

O que o juiz não pode esquecer é que um dos seus deveres mais importantes é resistir à atração da justiça do senso comum e dos homens leigos, já que até estes são capazes de entender que ao magistrado, em que pese possuir certo poder discricionário, não é conferida liberdade para escrever como norma constitucional suas preferências pessoais e políticas. Um juiz não pode modificar as regras e doutrinas sempre que pensar que tal conduta aperfeiçoará a funcionalidade das mesmas. As implicações autoritárias decorrentes de uma decisão utilitarista não podem ser esquecidas, sob a alegação de serem eficientes, ignorando-se a sua sobreposição à liberdade. (POSNER, 2009, p.24-25)

Os espaços de discricionariedade são também de insegurança, afeitos a decisionismos judiciais, impregnados de critérios subjetivos de justiça substancial. Assim, o poder discricionário do juiz deve ser limitado pelas normas constitucionais, sob pena de se verificar uma ilegitimidade política estrutural das decisões decorrentes desse poder. No entanto, um sistema penal normativo garantista não é totalmente fechado, havendo, obviamente, espaços à autonomia e à discricionariedade do juiz, que não será neutro nas suas escolhas, uma vez que nelas serão colocados seus valores, não significando tal situação ofensa ao modelo garantista adotado no Brasil, desde que respeitados os princípios constitucionais, que darão legitimidade às decisões judiciais.

[...] o modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições *extra* ou *ultra legem*, não é um absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem para punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado. (FERRAJOLI, 2014, p.43)

Nesse sentido o poder discricionário do juiz deve ser visto como algo limitado, relativo, que deve observar o contexto no qual será aplicado, devendo o magistrado esgotar as normas e princípios que têm a sua disposição, para só assim partir para as suas convicções acerca do tema, sem ter que seguir padrões jurídicos que não são enquadrados como regras.

Quanto às decisões de caráter penal, tal cuidado a ser tomado pelos juízes torna-se mais necessário, especialmente diante do caráter garantista seguido pela Constituição Federal de 1988, da qual se retiram alguns princípios norteadores do sistema penal brasileiro, tais como, da legalidade, na taxatividade, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da individualização da conduta e da pena. A mera vontade do magistrado e o clamor popular, por si sós, não devem ser capazes de servir de motivação para o endurecimento de uma pena, como já mencionado pelo Ministro Celso de Melo, que, ao proferir seu voto nos embargos infringentes na Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013)³⁶, afirmou conduta nesse sentido seria vulneradora do ordenamento penal.³⁷

Verificou-se, a partir desse mencionado marco temporal, uma ruptura de paradigma jurisprudencial decorrente de forte influência dos ideais e anseios por justiça da sociedade civil, bem como na busca de se resguardar uma convivência social mais segura para os cidadãos. Decisões penais utilitaristas, visando a eficiência e baseadas em uma onda populista, passaram a ser proferidas pelo STF, o que aumentou, significativamente, o risco da instauração de um direito penal de emergência, mormente diante de discursos que, embora conjunturais e apaziguadores, são, por isso mesmo, envolventes e sedutores, tais como os discursos antidrogas, antiterrorista, bem como anticorrupção.

A alteração da fonte de legitimação constitui precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política da ruptura ou, se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal. Essa concessão de emergência outra coisa não é que a ideia do primado da razão de Estado a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e garantias, mas a esta supraordenada. (FERRAJOLI, 2014, p.747)

³⁶ ANEXO A. Trecho do Voto da Ministra Rosa Weber sobre a teoria do domínio do fato em sede do Acórdão proferido em sede da Ação Penal nº 470/MG relativo à teoria do domínio do fato, às páginas 1161 a 1163.

³⁷ [...]A dosimetria da pena, por isso mesmo, há de respeitar, criteriosamente e com apoio em adequada fundamentação, as diversas fases a que se refere o art. 68 do Código Penal, não cabendo, para tal efeito, por representar conduta vulneradora do ordenamento penal, a mera enunciação da vontade do magistrado, considerada a circunstância de que, na matéria em causa, mostra-se limitada a discricionariedade judicial [...]. AP 470 EI / MG (BRASIL, 2013)

A emergência pode ser apresentada de duas formas distintas e simultâneas: a legislação de exceção no que diz respeito à Constituição e as mutações legais das leis do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez, degradada em relação à mesma legalidade alterada. Em ambas percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais. (CHOUKR, 2016)

A emergência citada significa aquilo que foge aos padrões tradicionais de tratamento dado pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema que derroga os parâmetros empregados em situação de normalidade. Tal derrogação não se dá apenas pela criação de novas leis mais duras, mas, inclusive, pela mitigação, ou melhor, pelo afastamento, direto ou indireto, das garantias fundamentais, não apenas firmadas expressamente pelo texto constitucional, mas de todos aqueles direitos e garantias que tratem de tal matéria.

A exceção, de outra parte, forma por si só a fonte mais ou menos latente de legitimação externa de toda a prática judiciária conscientemente disforme às regras ordinárias. (FERRAJOLI, 2014, p.747)

O que não se pode esquecer é que a sociedade pagará um alto preço na busca desmedida por justiça, já que dela decorrerão consequências não só *ad hoc*, mas inúmeras outras que atingirão a todos os cidadãos, tais como a inflação legislativa e irracional, uma deformação do direito penal típico do Estado de Direito e a consequente jurisprudência de exceção. A verdadeira ruptura ocasionada pela situação emergencial se dá pela distorção cultural, que passa a radicar na praxe do direito e do processo penal valores de segurança e de eficiência.

[...] o “subsistema emergencial” em nada contribui para a consolidação dos valores culturais estampados no ato de fundação (Constituição), desvirtuando o intérprete, dificultando a propagação da cultura da normalidade e evitando, no limite, a construção de um sistema repressivo que possa ser calcado nos valores do denominado ‘Estado democrático’, este entendido como observador dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana e calcada no reconhecimento do outro (alteridade) como pressuposto essencial da consecução de um processo penal ‘justo’. (CHOUKR, 2016)

A mutação cultural e a consequente quebra de paradigma jurisprudencial não pode ser considerado como justificável em qualquer situação em que a sociedade e, consequentemente, o Estado vejam um cidadão como inimigo. Ferrajoli, citando Hobbes, afirma que apenas no caso de guerra pode-se legitimar a razão de Estado ditada pela

Emergência. As regras e princípios jurídicos não podem ser afastados apenas pela comodidade da jurisdição, não se podendo aplicar a ideia de que os fins justificam os meios, já que estes últimos são garantias da verdade e da liberdade, devendo ser considerados não só nos momentos de tranquilidade social, mas também naqueles mais difíceis. (FERRAJOLI, 2014, p. 766-767)

Não se pode esquecer que a aplicação do direito penal embora seja uma medida de violência, detém a importante faceta de instrumento da liberdade do cidadão, sendo as garantias constitucionais irrenunciáveis por serem as verdadeiras soluções aos problemas sociais.

No que toca à justiça, Japiassú e Marcondes trazem em seu Dicionário Básico de Filosofia os conceitos de justiça distributiva, como sendo um princípio ético-político que estabelece a atribuição a cada um do que lhe é devido; o de justiça comutativa, como o conjunto de princípios e leis que regulam as relações entre os indivíduos em uma sociedade e que devem ser cumpridos de modo rigoroso e igualitário. Esclarece ainda, que se trata de princípio moral que estabelece o direito como um ideal e exige sua aplicabilidade e seu acatamento, consistindo também no reconhecimento que devemos dar ao direito do outro. (JAPIASSÚ, MARCONDES, 2001, p.111)

Aristóteles foi quem trouxe um dos primeiros conceitos de justiça definindo-a como obediência a lei e a imparcialidade. Estabelece correlação do justo com o injusto, estabelecendo que o homem obediente a lei é um homem imparcial e justo. Ao estabelecer tal correlação, elabora o conceito de equidade, que, para ele, seria a melhor espécie de justiça, já que esta busca o equilíbrio, o meio termo. (ARISTÓTELES *apud* MORRIS, 2015, p.6-16)

Kelsen, ao dispor sobre justiça, determina que detém carga moral e que direito, por também deter carga moral, se confundiria com justiça. Para ele a aspiração da justiça seria a aspiração da felicidade de que o homem procura na sociedade, assim, a felicidade social seria denominada de justiça. Possuiria um caráter metafísico, seria um ideal irracional, de poder imprescindível para a vontade e o comportamento humano. (KELSEN, 2010, p.78-80)

Bobbio, afirma que a questão da justiça está relacionada a um problema de correlação da correspondência ou não da norma aos valores finais que inspiram e orientam determinado ordenamento jurídico. Saber se há justiça ou não em uma norma ou em uma decisão jurídica está ligado com aquilo que deve ser, ou seja, uma norma injusta é um não dever-ser. O conceito de justo está ligado aos fins sociais de determinado ordenamento jurídico, aos valores supremos do direito. (BOBBIO, 2008, p. 23-24, 31)

Verifica-se, desta forma, que se trata de um conceito abstrato que se refere a um estado ideal de interação social em equilíbrio, devendo ser dotado de razoabilidade e imparcialidade no que toca aos interesses envolvidos, variando de acordo com o contexto social e sua perspectiva interpretativa.

Ao se tratar do poder punitivo estatal deve-se lembrar que a pena imposta deve se basear em critérios formais, pré-estabelecidos pela legislação, não podendo a fixação da mesma ter como fundamento unicamente a utilidade. A utilização de um conceito puramente utilitário, mas injusto na aplicação da pena, é incompatível com um Estado de Direito. Utilidade e justiça são conceitos que devem andar lado a lado, em eterno estado de tensão. (CONDE; HASSEMER, 1989, p. 67-68)

Em que pese a posição de destaque dada pela Constituição Federal à justiça, trata-se de um conceito aberto, subjetivo, trazendo consigo o risco de se legitimar decisões inconstitucionais. Uma sociedade justa é um dos fundamentos da nossa República, podendo servir tal conceito como cortina para abusos cometidos no âmbito das decisões judiciais.

Assim, não se pode esquecer que tal conceito sofre variações de acordo com o aspecto moral e cultural da sociedade em que ele é utilizado, havendo no seu aspecto ontológico um verdadeiro abismo axiológico, já que sua valoração será diferente entre as comunidades.

Segundo Adeodato, necessário pontuar que o direito é composto por um elemento complicador, trazido pela valoração que o envolve, as perspectivas emocionais diferentes e quase sempre antagônicas que as pessoas têm do mundo, ou seja, um abismo axiológico. Tal situação decorre da individualidade humana e de sua criatividade ativa e reativa diante do ambiente, da diferença existente entre as pessoas e suas atitudes reais no mundo em que vivem. A cultura, em que o direito exerce papel fundamental, precisa lidar com tais diferenças, visando diminuí-las. (ADEODATO, 2012, p.293)

O conceito social de justiça, muitas vezes encontra-se viciado por sentimentos e pré-conceitos que preponderam na comunidade afetada pelas decisões judiciais. No direito penal, na construção do conceito de justiça pelo Poder Judiciário, as normas constitucionais de direito penal devem ser observadas, ainda que sejam consideradas entraves à concretização do desejo popular de justiça, bem como no modelo penal de eficiência.

Quem se submete ao tribunal tem motivos e justificativa para crítica quando ele estava convencido de seu direito e permanece dele convencido, após a decisão do magistrado. Entretanto, também os envolvidos de forma mediata, os circunstantes, nós todos temos frequentemente uma opinião sobre aquilo que a justiça decide e, normalmente, não nos permitimos distanciar dessa opinião, em virtude da prolação

da decisão. Quando se trata de justiça, todos são especialistas e totalmente livres para expressar suas teses. (HASSEMER, 2007, p.27)

É através da observância das normas penais que se possibilita a construção de um conceito de justiça mais próximo daquele idealizado pela Constituição Federal, legitimando as decisões judiciais e do direito penal delas decorrentes. Tal tarefa, em que pese aparentar de difícil realização, faz parte da rotina do magistrado, uma vez que a legitimação de suas decisões será tecnicamente aferida de acordo com a sua legalidade e constitucionalidade. Os conceitos de constitucionalidade, tanto no seu aspecto material, quanto formal, são essenciais para a construção de um direito penal jurisprudencial inovador, moderno, porém legítimo e justo.

Não se quer afirmar que o direito penal não deva acompanhar a evolução social própria dessa etapa da modernidade, especialmente diante do crescimento da complexidade das relações jurídicas do mundo atual, mas que alguns parâmetros são de necessária observância pelo órgão julgador, para resguardar e fazer valer as garantias mínimas de um sistema penal humanizado, idealizado pela nossa Constituição, e, desta forma, afastar eventuais decisões abusivas.

Um olhar mais atento não admite que se fale de 'norma', mas exige que aquela pessoa que pretenda entendê-la fale somente do 'entendimento da norma'. Esse entendimento da norma não é um fenômeno não-estático e não-objetivo; durante o processo de compreensão, ele se transmuta à sua necessidade e é uma potência daquela pessoa que exerce o processo de compreensão. Então, deve-se perguntar justamente na área do direito, onde o entender ou o mal-entender implica consequências danosas para os seres humanos, como se justificaria como 'correto' esse processo de entendimento, como terceiros envolvidos podem controlar esse processo e se proteger dos referidos mal-entendidos. (HASSEMER, 2007, p.19)

Contemporaneamente, vem se observando um afastamento jurisprudencial da base dogmática penal estabelecida na Constituição Federal, uma vez que as decisões judiciais passaram a ser tomadas em sentido inverso à subsunção do fato à norma, já que não partem da análise do caso concreto e a consequente apreciação da norma.

Na dialética que predomina na construção do novo modelo penal aqui descrito, o magistrado, contaminado pelo clamor popular, parte de sua decisão na busca por uma premissa que a ela se amolde, fundamentando-a, muitas vezes, de forma ilegítima. Verifica-se que a maior e mais importante motivação do magistrado passa a se basear na sua seara pessoal, fundamentada em uma intuição particular do que seja certo e errado, desejável ou indesejável.

A dialética da modernidade traz uma utilização equivocada do direito penal. Este, tendo em vista as bases de um Estado de Direito, deveria servir de controle ao avanço do poder punitivo estatal, atendendo-se aos seus princípios regentes, tais como o da culpabilidade e ao *in dubio pro reu*, bem como as formalidades processuais. No entanto, passa a ser tratado como solução mais imediata e eficiente aos problemas sociais, retratando uma política criminal simbólica. (HASSEMER, 1999, p.33)

É certo que novas questões jurídicas surgirão diante da modernização social e a elas deverão ser dadas respostas fundamentadas na impessoalidade, universalidade e estabilizadoras do direito. Porém, percebe-se uma maior preocupação em atender os anseios da sociedade do que com os direitos do indivíduo, a preocupação com a tomada de decisões justas ou injustas passou a um segundo plano frente a solução ao afastamento do desconforto social, o perigo passa a ganhar maior relevância do que o dano, tendo em vista o aumento da necessidade da adoção estatal de condutas preventivas, e a normatividade perde força diante da efetividade³⁸.

Diante de tal realidade, a utilização da norma penal constitucional como ponto de partida interpretativo mostra-se uma orientação valiosa, fazendo-se necessária à efetivação de sua força normativa e a segurança jurídica essencial ao sistema penal garantista, servindo de barreira ao poder punitivo estatal, que muitas vezes mostra-se contaminado pelo clamor popular.

Hassemer pontua que alguns critérios deverão ser observados para prolação de decisões penais justas, tais como a observância dos seguintes princípios: da danosidade social³⁹, do direito penal do fato⁴⁰, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da adequação da culpabilidade às condutas penais, *in dubio pro libertate*, da tolerância e respeito a dignidade humana e da certeza dos tipos penais e da proibição da retroatividade da lei maléfica. (CONDE; HASSEMER, 1989, p.72)

O agir desta forma traz consigo a tendência de prolação de decisões mais homogêneas, igualitárias. Nesse sentido, a observância das normas constitucionais nas

³⁸ *Es obvio que la modernización social plantea exigencias jurídicas, pero no aporta en sí misma las respuestas jurídicas y, desde luego, no obliga a una fundamentación apersonalista, universalista o estatalista del derecho. Más bien sucede lo contrario: en momentos en los que precisamente preocupa más la sociedad que el individuo, más la molestia que la injusticia, más el riesgo que el daño, más la efectividad que la normatividad, las tradiciones personalistas y normativas del derecho penal pueden servir de orientación valiosa para las personas.* (HASSEMER, 1999, p. 32-33)

³⁹ Por este princípio só pode considerar merecedora da pena a conduta que lesione ou ponha em perigo um bem jurídico. (CONDE; HASSEMER, 1989, p.71)

⁴⁰ Apenas as infrações penais efetivamente produzidas e observáveis podem ser consideradas merecedoras de pena. Não podem aquelas condutas apenas esperadas, por mais que sejam de produção iminente, ou que tenha autor considerado perigoso, serem punidas. Há uma oposição a uma adaptação a objetivos preventivos, só podendo ser considerada merecedora de pena aquela conduta previamente prevista em lei e que seja concretizada na prática. (CONDE; HASSEMER, 1989, p.71)

decisões de caráter penal parece encontrar consonância com a ideia de justiça como equidade por justaposição, defendida por John Rawls⁴¹. Para ele, a ideia de justiça por equidade seria a compatível com os ditames de um Estado democrático, condenando aquela decorrente de decisões de base unicamente utilitarista.

Vale ressaltar que as decisões penais que carreguem em si apenas as características do utilitarismo tendem a se afastar da orientação constitucional garantista, aproximando-se, muitas vezes, a uma realidade de ocasião, ou como diz Ferrajoli, de exceção, de emergência penal.

Assim, o conceito, ou melhor, a produção de justiça não deve se preocupar em agradar a opinião pública, tendo em vista a pluralidade de opiniões que nela pode ser encontrada, mas em buscar a sua estabilidade e legitimidade das fundamentações utilizadas nas decisões. A estabilidade social não deve ser conquistada atendendo apenas os interesses da maioria, uma vez que o direito da minoria também deve ser resguardado.

Uma sociedade democrática moderna se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais. Nenhuma dessas doutrinas é adotada pelos cidadãos em seu conjunto [...]O liberalismo político pressupõe que, por razões políticas, uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si é o resultado normal do exercício pelos cidadãos de sua razão no seio das instituições livres de um regime democrático constitucional. (RAWLS, 2000, p. IX, Prefácio)

Vale ressaltar que a busca por justiça não pode criar um terreno fértil para a proliferação de um direito penal do destino, da necessidade, predador e autoritário. (MENEZES, 2008, p.187) Não se pode salvar o conceito de justiça pelo sacrifício da segurança pública e do direito de alguns, mas, deve-se garantir a segurança a todos prometida pelo direito penal, não justificando a estabilidade social pelo sacrifício desmedido do direito de determinadas pessoas.

Impõe-se, desta forma, a adoção do conceito de justiça por consenso por justaposição, adaptável a uma sociedade democrática e plural, abandonando-se um consenso frágil, repousado sobre a ideologia e interesses pessoais de um determinado grupo. Nesse

⁴¹ Conceito tratado por John Rawls ao reformular sua interpretação do conceito de justiça, que detinha como questão principal saber se a compreenderia como parte de uma doutrina abrangente, religiosa, filosófica ou moral, que le intitulou como justo por equidade, ou se deveria a ter como uma concepção política de justiça, válida para uma sociedade democrática. A ideia de justiça apoiada por um consenso por justaposição é respaldada por um consenso que inclui as doutrinas conflitantes, de ordem religiosa, filosófica ou moral, que são suscetíveis de perdurar ao longo das gerações de uma sociedade eficazmente regulada por essa concepção da justiça. Leva-se em consideração que tais doutrinas podem gerar concepções conflitantes, incompatíveis no que toca ao sentido, ao valor e à finalidade da vida humana, e que o campo político não ofereceria recursos que possibilitassem julgar tais condições conflitantes. Elas, no entanto, são todas aceitáveis, desde que respeitem os limites impostos pelos princípios da justiça política. Postulados diferentes podem levar às mesmas conclusões, e seus princípios, critérios e ideais são teoremas que se justapõem ou convergem num consenso as doutrinas abrangentes. (RAWLS, 2000, p.260-261)

sentido, as decisões que atendessem esse critério de justiça por justaposição tenderiam a garantir uma maior estabilidade.

No caso de uma democracia constitucional, um de seus fins mais importantes consiste em oferecer uma concepção política da justiça que não se contente com fornecer um fundamento à justificação das instituições políticas e sociais sobre o qual a opinião pública deve ficar de acordo, mas que contribua também para garantir a sua estabilidade de uma geração a outra. (RAWLS, 2000, p.245)

Nesse sentido, em que pese a preponderância de decisões penais utilitaristas, fruto do clamor popular propagado diante da realidade de medo instaurada na sociedade, a ideia de justiça ainda pode ser observada de forma legítima, bastando que estejam de acordo com a noção de um Estado democrático e garantista, retratando, desta maneira, as normas constitucionais.

O que se requer é uma concepção política da justiça que seja reguladora, que possa articular e ordenar os ideais, bem como os valores do regime democrático em função de um princípio e, dessa maneira, definir os objetivos que uma constituição deve alcançar e os limites que ela deve se impor. (RAWLS, 2000, p.246)

Uma justiça utilitarista seria compatível com os ditames de uma sociedade democrática, desde que não apenas consequencialista, viciada pelo ódio, pela sua busca a qualquer custo, mas sim de acordo com os princípios constitucionais, observando-se o direito da maioria sem desprezar os direitos de alguns.

Na medida em que o utilitarismo, sob suas diversas formas, é um elemento de importância permanente e historicamente preeminente na tradição do pensamento democrático, podemos esperar que existam meios de decompor ou de revisar a doutrina utilitarista de tal maneira que ela possa sustentar uma concepção de justiça adaptada a um regime constitucional, ainda que tenha que chegar a isso indiretamente, constituindo o meio que permite alcançar o maior bem-estar. Quanto maior a utilidade tiver possibilidade de se manter numa sociedade bem ordenada, tanto mais seguro e estável será o consenso por justaposição. (RAWLS, 2000, p.266)

Assim, para se manter a veia garantista, não basta a existência de legislação que a resguarde, mas também de uma jurisdição que obedeça, no âmbito de suas decisões, o real ideal das normas. É certo que o juiz, como membro integrante de determinada comunidade, sofrerá, na formação da sua personalidade, influência do meio em que vive, mas deverá resguardar os direitos constitucionais dos cidadãos, devendo proferir suas decisões despidas de qualquer influência política, moral ou ética, sempre tutelando pela manutenção dos direitos fundamentais.

Deve-se levar em consideração, apesar das influências externas sofridas pelo homem, que o juiz é um ser racional, capaz de estabelecer limites a sua liberdade de julgar, e, desta forma, preservar suas decisões no que toca à força que suas pré-compreensões possam exercer sobre elas.

[...] ao longo de nossa vida, podemos chegar a aceitar livremente, em decorrência de um pensamento reflexivo e de um juízo ponderado, os ideais, princípios e critérios que especificam nossos direitos e liberdades fundamentais, e efetivamente guiar e moderar o poder político ao qual estamos submetidos. Esse é o limite exterior de nossa liberdade. (RAWLS, 2000, p.272)

A imparcialidade do juiz deve-se manter incólume, mesmo em situações onde pré-conceitos políticos, morais e éticos mostram-se muitas vezes vetores preponderantes na tomada de decisões polêmicas, que contrariam a principal função do Estado de garantidor dos direitos fundamentais. Pensar de forma diferente é tutelar medidas com nítida natureza excepcional e fomentar razões de caráter absolutista, abrindo sérios precedentes para retornar a um sistema que não mais encontra respaldo Constitucional.

Nesse sentido, importante levar em consideração que o juiz deve seguir e concretizar a razão pública, não devendo esta ser confundida com o clamor popular por justiça. A ideia de razão pública tem ligação com a forma como os juízes devem interpretar a Constituição à luz daquilo que consideram como relevante e que acreditam de boa-fé ser essencial à afirmação dos direitos fundamentais.

A interpretação judicial constitucional deverá dar força à razão pública e isso ocorrerá através de uma hermenêutica razoável, por intermédio de decisões que melhor articulem seu conteúdo e justificadas através de uma concepção pública de justiça, sem que haja a invocação dos ideais pessoais do magistrado, da sua moralidade, da sua opção religiosa, bem como do clamor popular.

5 O RESGATE DA ANÁLISE DA CULPABILIDADE COMO LIMITE À EXPANSÃO DE UM NOVO MODELO PENAL DE OCASIÃO

Trata-se de capítulo que traz uma análise acerca da perda da força normativa da Constituição frente ao novo modelo penal jurisprudencial que vem sendo construído pelo STF, que traz em suas decisões um direito penal simbólico e que deveria ser evitado pelo respeito à essência garantista constitucional através da interpretação das suas normas no sentido de se resgatar a análise da culpabilidade, livre de influências externas, prevalecendo a verificação das características individuais do autor frente ao caso concreto.

5.1 A perda da força normativa da Constituição e o simbolismo do direito penal.

Em 1862, Ferdinand Lassalle proferiu conferência referente à essência da Constituição, tendo como principal base de estudo a constatação que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas, sim, políticas, uma vez que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes. As forças políticas, nesse sentido, movem-se segundo suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas. (HESSE, 1991, p.9)

[...] as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição - a Constituição jurídica - não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel [...]. (HESSE, 1991, p. 9)

Hesse, em resposta a tal posicionamento, afirma que a Constituição não representa apenas a aferição do ser, mas, também, um dever-ser, sendo mais do mero reflexo das condições fáticas da sua vigência, ou seja, das condições sociais. A Constituição, tendo em vista a sua pretensão de eficácia, teria como finalidade imprimir ordem e conformação política e social.

No que toca a interpretação constitucional, deve-se considerar o Princípio da Força Normativa da Constituição, trazida por Konrad Hesse, em reposta e complementando a Teoria de Lassalle, significando, desta forma, a pretensão de prevalência dos pressupostos da constituição no momento da solução dos problemas jurídicos, no intuito de resguardar a sua eficácia e permanência. A “constituição jurídica” e a “constituição real” deveriam estar em movimento de coordenação, condicionando-se mutuamente, mas não dependendo uma da

outra, já que a Constituição Jurídica tem significado próprio. Vai-se ganhando força normativa, à medida em que sua efetividade vai se concretizando, não devendo, no entanto esquecer de observar às necessidades sociais. (HESSE, 1991, p.14-16)

Destaca-se que o elemento essencial para a força normativa é o que Hesse tituló de “vontade de Constituição”. Ou seja, a Constituição para se converter em força ativa deve se fazer presente na consciência geral e não apenas na vontade do poder. Para tanto necessária a compreensão da necessidade e do valor de um ordenamento normativo inquebrável, intransponível, protegendo o Estado contra arbítrios desmedidos e disformes. Para a concretização da norma, e da força normativa da constituição, a interpretação faz-se necessária, no sentido de adequar aquilo que está posto pela norma constitucional com as mudanças fáticas que possam vir a ocorrer dentro de uma sociedade. Desta forma, o sentido da preposição jurídica deverá ser o limite a ser observado no momento da interpretação constitucional, devendo a mutação estar dentro dos seus preceitos. (HESSE, 199, p. 18-23)

Assim, deve haver a vontade de realização concreta da Constituição, sendo importante que a sociedade se mobilize neste sentido. Quanto maior a vontade da Constituição, menores serão os limites que a realidade social poderá lhe impor, devendo-se levar em consideração que os limites sempre existirão, e será preciso respeitá-los.

Desta forma, percebemos que a Constituição Federal, ao elencar os seus valores, seus princípios, bem como direitos fundamentais, o fez no sentido de estabelecer os seus limites explícitos e implícitos que deverão ser observados pelos Poderes Estatais, para que abusos não sejam cometidos, e que a sua força normativa prepondere.

O Constitucionalismo contemporâneo, para muitos autores neoconstitucionalismo, tem como base a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica, devendo os princípios constitucionais, bem como as demais normas, serem observadas no sentido de se alcançar a sua máxima efetividade. Nesse sentido, a norma penal deveria ser interpretada de forma a resguardar a essência garantista do ordenamento jurídico pátrio.

Busca-se, com isso, a concretização da norma constitucional, devendo-se considerar que o texto e a realidade constitucional estão sempre se relacionando. A estrutura normativa detém uma configuração complexa já que é resultante da conexão do programa normativo (dados linguísticos) e do âmbito normativo (dados reais). Assim, a norma jurídica, em especial a norma constitucional, é produzida não no momento da elaboração do seu texto, mas sim no decorrer do processo de concretização. (NEVES, 1994, p. 77-78)

Destaca-se, no entanto, que a Constituição deve assumir a posição de mecanismo de autonomia operacional do direito, ou seja, deve ser capaz de fixar critérios internos para a aplicação das normas jurídicas gerais, bem como para a aplicação da norma jurídica concreta. Tais critérios internos teriam a relevância, levando-se em consideração a complexidade das sociedades contemporâneas, de evitar a manipulação política e arbitrária do direito. A hierarquização da Constituição sobre as leis seria necessária para a reprodução autopoietica do direito moderno, no sentido da sua constante reciclagem do sistema jurídico sem perder a sua autonomia operacional. (NEVES, 1994, p. 66-67)

Percebe-se, no entanto, uma tendência atual de prevalecer o significado político-ideológico latente na sociedade em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente. Ou seja, as normas penais, e as decisões jurídicas nelas baseadas, servem-se de forma primária a finalidades políticas e sociais não correspondentes com a norma editada.

Haveria, desta forma, uma ineficácia das normas constitucionais penais, afetando os alicerces do sistema jurídico-constitucional, o que resultaria em efeitos hipertroficamente simbólicos, tendo em vista que os direitos fundamentais, e aqui destaco as garantias penais e processuais penais, não seriam reverberados pelos órgãos estatais, nem estariam condizentes com a expectativa da população. Perceberia-se, no caso da constitucionalização simbólica, um bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios jurídicos-constitucionais por outros códigos sistêmicos e pela vivência social.

Nas situações de constitucionalismo simbólico, ao contrário, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de “socavar” a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente. Dessa maneira, ao texto constitucional incluído contrapõe-se uma realidade constitucional excluído do “público”, não sugerindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizante nas dimensões temporal, social e material. (NEVES, 1994, p.86)

A constitucionalização simbólica segue uma lógica completamente distinta daquela idealizada pela teoria da força normativa da Constituição, uma vez que torna os dispositivos constitucionais inefetivos normativamente. No que toca ao direito penal, percebe-se, cada vez mais, um texto constitucional simbolicamente garantista que se contrapõe a uma realidade antigarantista, demonstrando, desta forma, um abismo entre o ordenamento jurídico-constitucional e sua efetiva concretização.

Nesse sentido percebe-se, especialmente a partir da ação penal nº 470, um aumento de decisões no âmbito do STF, em um movimento que contrariam o modelo garantista trazido pelo texto da Constituição Federal de 1988, o que acaba por replicar no endurecimento das

decisões das instâncias inferiores que se orientam de acordo, não só com o constante no texto constitucional, mas sim com aquilo que é decidido e propagado pelo STF.

Pode-se afirmar que o direito penal simbólico nasce do sentimento de urgência da prevenção de crimes, que gera a aplicação indevida da norma penal, como solução imediatista, porém ineficaz, à ausência de políticas públicas efetivas referentes à segurança pública. Há, cada vez mais, aumento do descumprimento ou da inobservância das normas constitucionais pelos órgãos responsáveis pela sua aplicação e, inclusive, uma falta de consciência social que as mesmas devem ser concretizadas para benefício de toda a coletividade.

A constitucionalização simbólica', ao contrário, vai configurar-se somente a partir de que 'procedimentos' eleitorais, legislativos, judiciais, administrativos, como também o comportamento dos grupos e indivíduos em geral, descumprem as disposições constitucionais ou delas desviam-se, de tal maneira que o discurso constitucional torna-se, antes de tudo, um álibi. (NEVES, 1994, p.101-102)

No que toca ao direito penal, em que pese o crescimento do simbolismo do texto constitucional, o mesmo não vem funcionando como álibi, tendo em vista o fato das normas penais garantistas nelas postas serem vistas, atualmente, com certas ressalvas e resistência pela sociedade. A sociedade de risco trouxe com ela um incremento de decisões antigarantistas, apoiadas em novos paradigmas firmados pelo STF a partir do julgamento da ação penal intitulada como Mensalão. Há, na verdade, um crescente simbolismo de tais normas que, apesar de firmar um modelo a ser seguido, vem sofrendo constantes violações no intuito de solucionar questões complexas como as falhas na segurança pública.

A constitucionalização simbólica fortifica-se a partir do aumento da confiança do cidadão no Estado. Assim, tratando-se de norma penal, a confiança naquilo que ela dispõe vem sendo restabelecida a partir de uma interpretação cada vez mais dura, que acaba desvirtuando de forma progressiva o seu sentido garantista. Nesse sentido possível falar-se em uma posição negativa, não da dogmática penal, mas da forma como a norma vem sendo interpretada e aplicada pelo STF e replicada nas instâncias inferiores.

Em que pese a adoção de um modelo interpretativo desconforme à dogmática garantista trazer a impressão de um endurecimento das decisões adotadas e, conseqüentemente, um sentimento de ordem e justiça à sociedade, o mesmo não pode ser dito em relação a segurança jurídica de tais decisões, nem mesmo no que tange aos seus efeitos práticos.

Da Constitucionalização simbólica surge o fenômeno da legislação como álibi, que acaba por alimentar o crescimento de interpretações judiciais desconformes com o real sentido

garantista da Constituição Federal. Aqui não se pretende aprofundar a questão do inflacionamento de leis nesse sentido e o efeito que tal fenômeno pode trazer ao ordenamento jurídico, mas, sim, que tal situação encontra em íntima relação com a simbologia da norma constitucional e com a mudança, casuística, de paradigma, das decisões do Supremo.

Nesse sentido vale lembrar que a legislação-álibi é aquela que decorre da tentativa de aparentar uma solução aos problemas sociais, ou mesmo, de convencer ao público das boas impressões do legislador, mesmo que tais situações não correspondam à realidade, mas que gerem um sentimento social de ordem e estabilidade.

Como se tem observado, ela apenas não deixa o problema sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação de problemas subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios semânticos. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normatizar as respectivas relações sociais. (NEVES, 1994, p. 39)

Ocorre, no entanto, que o sentimento de bem-estar trazido pela legislação-álibi, visando êxito na manutenção da sua função simbólica, acaba tendendo ao fracasso, já que sua utilização constante pelos órgãos julgadores não significa, necessariamente, a longo prazo, manutenção do resultado desejado pela sociedade. Nesse sentido, o endurecimento das decisões penais, como fruto de normas cada vez mais tendentes a um direito penal máximo, em que pese a aparência de solução mais imediata ao problema da violência e do índice da criminalidade, acaba decepcionando a sociedade, ao perceber resultados nada significativos neste mister.

A experiência constitucional brasileira, seja na sua fase instrumentalista, marcada pelas Constituições de 1937 e 1967/1969, seja naquela nominalista, tais como as Constituições de 1824, 1934, 1946 e 1988, demonstram em ambos os casos, a presença da dimensão simbólica, comprometendo assim, a capacidade das Constituições de servirem como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado.

A expressão direito penal simbólico poderia ser conceituada como um conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, aqui devendo-se compreender não apenas as leis, mas os demais normativos penais, tais como súmulas e demais decisões

jurisprudenciais, decorrentes de situação onde há destaque ao clamor público como orientação a ser seguida.

Nesse sentido, percebe-se uma erosão na norma penal constitucional, que vem sendo interpretada e aplicada de forma equivocada. Dessa forma, há uma progressiva perda da essência garantista da norma constitucional, que, ao ser aplicada, não mantém uma uniformidade interpretativa, variando o entendimento de acordo com o que ou quem está sendo julgado, afastando garantias que deveriam ser aplicadas de forma equânime para todo e qualquer cidadão.

5.2 O respeito à essência constitucional garantista e a manutenção do papel da culpabilidade no Estado de Direito: barreira à expansão do direito penal

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º um rol não taxativo de direitos fundamentais que espelham o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, regente de todo ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os direitos fundamentais, o legislador constituinte elencou uma série de princípios e garantias penais e processuais penais.

Deve-se pontuar que os direitos fundamentais constituem um núcleo mínimo de direitos que devem ser tutelados pelo Estado e que servem, ao mesmo tempo, de limite ao avanço do poder estatal, bem como de guia a ser por ele seguido para a efetivação dos direitos inerentes a ser humano.

Como dispõe Ferrajoli, as garantias são vínculos normativos idôneos a assegurar efetividade aos direitos subjetivos, e aos princípios axiológicos sancionados pelas leis. Nesse sentido, no que toca ao direito penal, levando-se em consideração que se trata de ramo do direito que visa tutelar a liberdade do cidadão contra proibições indeterminadas e das condenações arbitrárias, tais garantias são essenciais para a afirmação do Estado de Direito. (FERRAJOLI, 2014, p.21)

Percebe-se a essência do garantismo, que não significa mero legalismo, formalismo ou processualismo, mas, sim, forma de assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos, impedindo que o Estado avance seu poder punitivo sobre a liberdade do cidadão.

Assim, pode-se dizer que o sistema de garantias penais funcionará não apenas de forma positiva de criação e efetivação de direitos do cidadão contra o *jus puniendi* do Estado, mas também como técnica de limitação do legislador e do aplicador da lei, que deverá observar estes limites pela Constituição Federal.

Tal assertiva amolda-se ao conceito de garantismo trazido por Ferrajoli, principal defensor de tal teoria, que defende um sistema de vínculos impostos ao poder estatal em garantia aos direitos dos cidadãos de primeira categoria, ou seja, relacionado as liberdades individuais, questionando-se, ao mesmo tempo, o papel do direito penal na concretização da validade e eficácia da norma constitucional.

Para tanto Ferrajoli traz dez axiomas⁴² que, juntos, expressam um dever-ser, aquilo que um sistema penal deva satisfazer em adesão aos seus princípios constitucionais. O garantismo atingirá seu grau máximo, ao se observarem, em determinado sistema, todos esses axiomas como uma opção ético-política. Deve-se observar que a mera existência de tais axiomas não se trata de condição suficiente para permitir ou obrigar a punição, mas de condição necessária, sem a qual não será permitido punir. Assim, a existência das garantias no direito penal não visa tanto a permissão e legitimação da aplicação da norma, mas sim condicionar e vincular a potestade punitiva, deslegitimando o seu exercício absoluto. (FERRAJOLI, 2014, p.90)

Denomino *garantista, cognitivo* ou de *legalidade estrita* o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente, jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais (...). Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. (FERRAJOLI, 2014, p.91)

Analisando-se os axiomas garantistas trazidos por Ferrajoli, verifica-se que os mesmos são garantias contra os arbítrios ou erros penais, não se admitindo, para a configuração do direito penal mínimo, qualquer imposição de pena sem comissão de um delito, sem sua previsão legal, da aplicação da pena sem um devido processo legal e da verificação da culpabilidade do autor. Ou seja, deve haver uma previsibilidade para a configuração de um direito penal racional, correto, condicionado e limitado, não necessitando, contudo, a comprovação e punição exata de todos os fatos delituosos trazidos pela lei, mas punindo somente aqueles que se tenha comprovada a culpabilidade por sua comissão, sendo necessária a absolvição no caso de sua incerteza.

⁴² A axiomatização do sistema garantista resulta na adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, mas conectados sistematicamente. São eles: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4: *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine judicio*; A8 *Nullum judicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*. (FERRAJOLI, 2014, p.91)

Partindo-se de tais axiomas, e da vinculação estatal a determinados parâmetros pré-estabelecidos à aplicação de medidas de natureza penal, Ferrajoli traça os seguintes elementos de uma teoria geral do garantismo:

[...] o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades jurídicas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política em relação a ele das instituições vigentes. (FERRAJOLI, 2014, p.788)

Com isso, percebe-se que o garantismo tem como pressuposto a separação entre moral e direito, entre o ser e o dever-ser, resguardando o direito do mais fraco diante do Estado através de regras fundamentais que limitam o poder punitivo, tais como princípios da anterioridade, legalidade, responsabilidade pessoal, irretroatividade da lei penal mais maléfica, proporcionalidade das penas, publicidade, culpabilidade e presunção de inocência.

Em um Estado Democrático de Direito, o direito penal mais coerente é o chamado direito penal mínimo, baseado nas máximas garantias constitucionais, sobretudo, nos princípios basilares advindos, expressa ou implicitamente, da Carta Magna, levando-se em consideração que o direito penal deve ser tratado como a última opção sancionatória no combate aos comportamentos humanos indesejados.

A concepção de Estado democrático de direito aqui adotada está pautada na valorização da autonomia individual pela qual a pessoa pode decidir e agir conforme sua consciência, desde que não atinja interesses de outros sem o consentimento. O fundamento da criminalização, portanto, deve ser compreendido como um meio de assegurar a identidade da humanidade (generalidade das pessoas), sendo imparcial na imposição de comportamentos e respeitando as particularidades de cada um. Esse ponto de vista moral permite a concepção de uma justiça universal orientada à auto-realização pessoal fundada na coerência e maturidade da pessoa. Por identidade da humanidade compreende-se a capacidade de agir pela razão e, por meio desta, cada um pode decidir o que é melhor a si próprio. (MARTINELLI, 2010, p.30)

Verifica-se um direito penal liberal ao se resguardar ao máximo a liberdade pessoal, minimizando ao máximo a sua aplicação. Assim, no momento da criminalização de determinadas condutas, bem como no momento da aplicação de determinadas normas penais, as questões morais devem ser afastadas, devendo se respeitar a individualidade frente a determinada situação fática. O dever do Estado não é atuar como agente moralizador através do endurecimento da elaboração e aplicação da norma penal, mas propiciar o desenvolvimento das pessoas para que sejam capazes de optarem, de forma consciente, qual o caminho que pretendem seguir, garantindo a autonomia individual.

Para se efetivar a minimização do direito penal deve-se, de forma diametralmente oposta, maximizar os direitos fundamentais, limitando, desta forma, as situações jurídicas de poder, garantindo respeito às liberdades individuais. Seguindo entendimento de Ferrajoli, limitam as liberdades as leis e decisões que comprimem direitos fundamentais, já aquelas que são oriundas da tutela de tais direitos servem, muito mais, como limites de poderes daqueles que se encontram em posição de maior força, garantindo os direitos e expectativas dos mais fracos. (FERRAJOLI, 2014, p.857)

A culpabilidade, por sua vez, entendida como um direito fundamental, reflete a opção de um Estado de Direito em respeitar, acima de tudo, o indivíduo, bem como a dignidade da pessoa humana, restando em segundo plano, no que toca à matéria penal, a observância das necessidades sociais. Pensar em um direito penal de base apenas preventiva, sem se respeitar aspectos subjetivos, sugere uma expansão desnecessária do direito penal.

Resta evidente que exerce a culpabilidade tanto a finalidade de dar fundamento à pena, bem como exercer papel limitador diante do “jus puniendi” do Estado, devendo sempre estar orientada na ideia garantista previstas em um Estado de Direito, exercendo importante papel na contenção do avanço do direito penal do inimigo, impedindo a instalação de uma jurisprudência de exceção, bem como do ressurgimento da responsabilidade objetiva no âmbito do direito penal.

A expansão do direito é visto como um fenômeno decorrente da sociedade de risco, de caráter individualizador, que se caracteriza pela objetivização da insegurança, esquecendo-se da complexidade e heterogeneidade inerente à mesma. Tais características refletem uma complexidade interna que traz como consequência o fenômeno da “criminalidade em massa” em decorrência de casos frequentes de violência. Diante desse fenômeno expansivo, percebe-se não só um movimento horizontal, no sentido de criação de novos tipos penais, mas também um efeito vertical, de profundidade, de agravamento, ou melhor, recrudescimento das decisões de caráter punitivo.

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível de instrumentalidade (de proteção efetiva). (SÁNCHEZ, 2002, p.23)

A adoção de soluções mais fáceis e rápidas, porém inefetivas, demonstra uma pretensão punitiva de base irracional, pois, ao serem acolhidas pelas instituições estatais,

estas, que teriam o dever de adotar um posicionamento limitado e contido em relação ao poder punitivo do Estado, culminam por alimentar o movimento expansivo do direito penal.

Em oposição a tal movimento expansivo, deve-se buscar uma recondução da função punitiva do Estado, guiando sua atuação no caminho traçado pelas garantias constitucionais, direcionando-se a um direito penal mínimo, condicionado e limitado ao máximo, garantindo, desta forma, um ideal de racionalidade⁴³, segurança e certeza. A certeza garantista não precisa ser absoluta, no sentido de serem provados e punidos todos os fatos previstos na lei como delitos, mas apenas aqueles onde se tenha comprovado a existência da culpabilidade por sua comissão, significando que a ausência e incerteza de prova acerca da culpabilidade de determinado indivíduo deve ter como única consequência a sua absolvição. (FERRAJOLI, 2014, p. 102-103)

Deve-se lembrar que a culpabilidade, ainda que de forma implícita, constitui uma garantia constitucional penal, tratando-se de um direito fundamental, carregando consigo os traços característicos de tais direitos, tais como a sua inviolabilidade, inalienabilidade, indisponibilidade e seu caráter personalíssimo. Dessa maneira, deve a culpabilidade ser observada pelo aplicador da norma penal, privilegiando-se a subjetividade que dela decorre ao se aplicar a pena e não a função da defesa social, garantindo, desta maneira a verificação do nexo de causalidade e da imputação que vinculam o acusado ao delito, e, acima de tudo, o modelo garantista adotado pela Constituição federal de 1988.

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar a efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias. Esta não é uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo de garantias. (FERRAJOLI, 2014, p. 865)

Importante destacar que a análise fática das garantias constitucionais penais é necessário e vital instrumento de combate ao movimento de expansão do direito penal, trazendo para o plano real aquilo que está colocado de forma abstrata no normativo

⁴³ Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultam como determinável a “verdade formal” [...]. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério da *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. (FERRAJOLI, 2014, p. 102)

constitucional penal. Necessário, para tanto que o STF, como órgão supremo do Poder Judiciário pátrio, trace caminho idôneo e capaz, dotado de certeza e racionalidade, assegurando a efetividade dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, garantindo um distanciamento de uma “falácia garantista”⁴⁴ baseada em uma “falácia politicalha”⁴⁵.

A contenção do movimento expansivo do direito penal será alcançada pelo progresso daquilo que Ferrajoli chama de democracia substancial⁴⁶, já que a mesma é fruto da expansão dos direitos e garantias fundamentais, maximizando as liberdades, alargando-se o Estado de Direito, fazendo com que abranja maior número de âmbitos da vida e contendo as esferas de poder. Assim, para se falar em democracia, não basta atender ao interesse da maioria, mas aos interesses e necessidades vitais de todos.

O distanciamento da normatividade constitucional com aquilo que é aplicado pelo órgão julgador demonstra a inefetividade do modelo adotada por um ordenamento jurídico, o que traz o risco de tornar o garantismo penal uma mera referência ideológica sem efetividade. Para se concretizar uma doutrina garantista, importante se faz a observância da divergência entre validade e vigor, entre direito e moral, entre ser e dever-ser, devendo sempre considerar que o que é válido e constitucional, nem sempre será justo aos olhos da maioria.

É nesse sentido que a preservação através da efetiva aplicação da base garantista penal mostra-se de suma relevância e essencialidade para a limitação e disciplinamento do poder e formação de uma democracia social, voltada a todos os cidadãos. Deve-se respeitar os interesses dos fracos ainda que contrário aos dos mais fortes, não podendo os direitos das minorias marginalizadas serem esquecidos e esmagados pela vontade da maioria integrada e aceita pela sociedade, sempre buscando-se, desta forma, a igualdade material e fática entre as pessoas.

⁴⁴ Segundo Ferrajoli, a “falácia garantista”, que pode ser cultivada pela falácia política, é a ideia de que bastem razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. (FERRAJOLI, 2014, p. 866)

⁴⁵ Falácia politicalha” trata-se de um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração *a priori* do poder político na desvalorização das garantias. (FERRAJOLI, 2014, p. 865)

⁴⁶ Democracia substancial ou social é o Estado de Direito dotado de efetivas garantias, liberais ou sociais, contrário àquilo que se chama de “democracia formal” ou “política” que se trata de um “Estado político representativo”, que tem como base o princípio da maioria como fonte de legalidade. (FERRAJOLI, 2014, p. 798)

5.3 A interpretação constitucional e a manutenção do Princípio da Culpabilidade pelos órgãos julgadores: resgate à força normativa da Constituição

A interpretação jurídica visa revelar o real sentido de uma norma, seja ela explícita ou implícita, no intuito de se solucionar problemas, tendo como consequência a aplicação da norma através da sua incidência em fatos relevantes, momento em que há a concretização daquilo previsto em uma disposição abstrata.

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A *aplicação* de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, de pretensão de conformar a realidade ao Direito, o *ser* ao *dever ser*. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão. (BARROSO, 2015, p.304)

A interpretação constitucional é uma forma de interpretação jurídica, compreendendo uma série de particularidades, principalmente pelo fato do direito constitucional acabar interferindo nas relações políticas, limitando o exercício do poder, que deverá, nas suas decisões, respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Deve-se lembrar que nos regimes democráticos as Constituições assumem papel único e singular dentro da sociedade, uma vez que marcam a vontade superior do povo, devendo tal supremacia preponderar sobre outros interesses não compatíveis com a preservação dos direitos fundamentais e a participação igualitária de todos, garantindo assim a alternância de poder.

Pontua-se a importância das normas constitucionais, bem como as peculiaridades que circundam as mesmas. Na interpretação constitucional deve-se levar em conta a superioridade jurídica de tais normas, comparando-as com as demais que permeiam o ordenamento jurídico, limitando a abrangência do conteúdo destas últimas. As normas constitucionais devem ser capazes de acompanhar a evolução social, de modo que a sua interpretação garanta a concretização de novos direitos que venham a surgir na sociedade, sem esquecer de limitar o poder político e garantir os direitos fundamentais.

Ainda no que toca a interpretação constitucional percebe-se uma multiplicidade de teorias jurídicas que se propagaram ao longo do tempo, tendo passado por períodos de

formalismo, antiformalismo e positivismo jurídico, chegando-se, já no século XX, a uma fase de preponderância de valores, tais como a dignidade da pessoa humana.

Foi, em grande parte, consequência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei, após o holocausto e a barbárie totalitária do fascismo e do nazismo. No plano internacional, no contexto da reconstrução mundial do pós-guerra, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no qual se materializou o consenso entre os povos acerca dos direitos e liberdades básicas a serem asseguradas a todos os seres humanos. No âmbito externo, diferentes países reconhecem a centralidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais, que passam a ser protegidos por tribunais constitucionais. (BARROSO, 2015, p.312)

É de fácil percepção que a Constituição Federal de 1988 adotou como Princípio Fundamental o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devendo todo o ordenamento jurídico ser interpretado levando o mesmo como orientação a ser seguida. Importante destacar que a interpretação constitucional estará limitada pelas possibilidades de sentido oferecidas pelas normas jurídicas, não estando imune, no entanto, às pré-compreensões que o intérprete tem do mundo, demonstrando assim a necessidade de determinação de certas balizas para orientação do trabalho desenvolvido pelo aplicador da lei, evitando, desta forma, eventuais abusos.

Nesse sentido, destacam-se os elementos tradicionais da interpretação jurídica, quais sejam, o gramatical, histórico, sistemático e teleológico, devendo todos eles serem combinados e controlados reciprocamente. Assim, a interpretação deve levar em conta o texto normativo (interpretação gramatical), sua relação com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica), bem como seu processo de criação (interpretação histórica). (BARROSO, 2015, p.326)

No que toca à interpretação literal ou gramatical, deve-se destacar que sentidos únicos não poderão ser extraídos dos normativos, porém, os conceitos e possibilidades semânticas do texto deverão ser levados como ponto de partida, não devendo o intérprete distorcer o real sentido da palavra, correndo o risco, desta forma, de atingir a legitimidade democrática, bem como a segurança jurídica.

Deve-se considerar que a ordem jurídica é um sistema e deve ser interpretado como um todo, sendo a Constituição instrumento essencial para a manutenção da sua harmonia no momento da solução de conflitos, já que dita os valores que devem ser seguidos. Não se deve perder de vista que a norma constitucional orienta o ordenamento jurídico para que sejam alcançados determinados fins, tais como a manutenção da segurança jurídica, a concretização da justiça, e, acima de tudo, a preservação da dignidade humana.

Levando-se em consideração que os direitos fundamentais são essenciais a preservação da dignidade humana, cabe aos Estados estabelecer e proteger àquilo que considera crucial à preservação da democracia, da cidadania e essencial a manutenção da qualidade de ser humano.

A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional desses direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – apresentada para a tutela disso que no pacto constitucional vem configurando como fundamental”: ou seja, daquelas necessidades substanciais cuja satisfação é condição da convivência civil e também causa ou razão social daquele artifício que é o Estado. (FERRAJOLI, 2011, p.25-26)

Como direitos indisponíveis, inalienáveis e indisponíveis, os direitos fundamentais inscritos nas Constituições, sejam eles explícitos ou implícitos, devem também ser considerados como limitação, invalidando e deslegitimando decisões que contrariem tal núcleo normativo.

Necessário observar o respeito à essência constitucional garantista como ponto de partida para a manutenção do papel da culpabilidade no Estado de Direito, sendo a interpretação constitucional e a consequente observância do Princípio da Culpabilidade pelos órgãos julgadores um instrumento não só de resgate à força normativa da Constituição, mas de manutenção de um modelo garantista e de preservação da importância da culpabilidade neste mister.

Assim, a Constituição Federal deverá prevalecer, qualquer que seja a situação, não devendo seus princípios, principalmente àqueles tocantes à seara penal, serem interpretados de forma restritiva, ampliando a aflição decorrente de todo o processo de aplicação da pena. Deve-se lembrar que a Constituição Federal de 1988 foi construída sob alicerces garantistas, tendo sido observada, na elaboração do seu texto, a orientação firmada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, no sentido do estabelecimento de penas apenas naqueles casos estritamente necessários, observando-se regras previamente estabelecidas.

[...] o *jus puniendi* estatal deve estar submetido a controles e restrições permanentes para se evitar qualquer possibilidade de abuso ou erro judicial que repercuta contra os direitos dos imputados [...]. Os Limites em matéria penal não podem ser dirigidos exclusivamente a delimitar como os juízes devem interpretar e aplicar as leis, ou a forma com que os funcionários devem executar as penas. Também o Parlamento, quando exerce a sua função mais específica de criar as leis, e em particular quando estas são punitivas, deve estar submetido a um estrito controle. Por esse motivo devem buscar os limites materiais que derivam de distintas fontes garantidoras de respeito aos direitos humanos, que essencialmente tentam por fim a situações de desigualdade e discriminação. (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 81)

A observância das normas penais constitucionais significa, antes de tudo, que haja uma consciência social da necessidade de aplicá-las em maior número e medida, para que se alcance uma maior aproximação do Estado social e democrático de direito real, a partir do respeito aos direitos humanos. Nesse sentido, cabe ao intérprete buscar a plena observância da norma, para que haja seu fortalecimento e o avanço do direito penal garantista.

Assim, a força popular e os interesses políticos não podem, baseados em um direito penal do inimigo, de base objetiva, preponderar diante das garantias penais constitucionais, que devem ser preservadas e aplicadas, adotando na observância ao princípio da culpabilidade um instrumento para a manutenção da verdadeira essência da ordem constitucional.

O crescimento de tal realidade faz diminuir, na mesma proporção, a força normativa da Constituição, já que tal panorama reflete, nas entrelinhas da nova orientação que passou a seguir o STF, a propagação da ideia de Hobbes de que o homem é mau por natureza, contrariando a base garantista, ao desconsiderar os princípios constitucionais penais ao adotar uma concepção de base maniqueísta.

O clamor por justiça a qualquer custo, propagado e incentivado pela mídia, não pode servir de legitimação e embasamento implícito das decisões judiciais, que deixam de observar a norma Constitucional em matéria penal ou processual penal. Os princípios penais e processuais penais devem ser respeitados e, sua observância de forma correta, não significa, como se propaga entre os profanos, um incremento da insegurança jurídica, mas, ao contrário, a manutenção da ordem constitucional.

Deve-se destacar que, para se alcançar a validade de uma norma, em um ordenamento regido por uma Constituição rígida, será necessária não apenas a observância das regras formais para a sua produção, mas, acima de tudo, que seus conteúdos respeitem substancialmente os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

O constitucionalismo, aquele que resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivo clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal), aquela norma de reconhecimento da existência das normas, essa segunda revolução se realizou com afirmação daquilo que podemos chamar de princípio da estreita legalidade (ou da legalidade substancial): isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições. (FERRAJOLI, 2011, p.43-44)

O Princípio da Culpabilidade encontra-se implícito no art. 5º da Constituição Federal de 1988, tratando-se, desta maneira, de um direito fundamental e que deve ser considerado na

sua forma substancial no momento não só da elaboração das leis penais, mas, sobretudo, na prolação de decisões. Não pode o aplicador da lei, levando-se em consideração a ideia democrática de prevalência da vontade da maioria, fazer valer a sua onipotência para validar decisões inconstitucionais ao se desconsiderar a essência garantista da Constituição de 1988. As decisões judiciais não devem apenas atender formalmente ao que a lei dispõe, mas sim observar a essência, a substância dos princípios e norma constitucionais, preservando a sua força normativa.

No que toca ao direito penal, deve-se lembrar que se trata de um instrumento de controle social, submetido a limites fixados de forma clara e precisa. Isso se deve ao fato de que a interferência do Estado na vida humana, através do sistema penal, é quase sempre aflitiva, o que demonstra que direito penal e direitos humanos percorrem caminhos paralelos, havendo sempre atritos entre eles, que deverão ser superados através da observância dos Princípios Penais e Processuais Penais Constitucionais, preponderando a força normativa constitucional, ainda que indiretamente, através da interpretação constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais próprios do Estado de Direito, sobretudo de caráter penal material (princípios de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade) e processual penal (direito à presunção da inocência, à tutela jurisdicional, a não fazer declarações contra si mesmo etc.), são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito. (CONDE, 2012, p.62)

Assim, a garantia da manutenção da apreciação da culpabilidade pelo órgão julgador faz parte da essência do Estado de Direito, assegurando o fundamento da dignidade da pessoa humana, afastando a aplicação da pena com base em critérios exclusivamente objetivos, de base não garantista, revelando a individualização da mesma.

A culpabilidade assume papel individualizador, subjetivando os critérios penais de imputação, limitando a intervenção punitiva, surgindo como um verdadeiro princípio implícito do moderno constitucionalismo e, como tal, devendo ser reconhecido e respeitado no momento da elaboração, interpretação e aplicação da lei penal.

[...] a culpabilidade deflagra para o Estado a necessidade de demonstrar sua condição para exigir do indivíduo o cumprimento das normas jurídicas e, evidentemente, tal capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado. [...] A culpabilidade, nessa perspectiva, é uma demonstração de que o Estado pode exigir responsabilidade por um comportamento antinormativo. Reveste-se de um caráter de garantia e proteção do indivíduo diante do poder de castigar, condicionando à possibilidade de culpar. (SPOSATO, 2013, p.130/133)

No entanto, tem-se observado que a análise da culpabilidade vem perdendo força diante da realidade penal utilitarista, da busca pela justiça qualquer que seja o meio para

alcançá-la, instalando-se uma crise em todo sistema penal, que vai deixando de lado a apreciação dos princípios constitucionais e que são os verdadeiros responsáveis pela manutenção da ordem social e constitucional.

É de importância crucial entender a culpabilidade com base no Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, colocando-a como limite intransponível para orientações funcionais do direito penal e da aplicação da pena, impedindo, desta forma, os abusos estatais, mormente diante de uma sociedade que clama por justiça a qualquer custo.

Torna-se essencial, para a manutenção da base garantista constitucional, que a interpretação da norma prevista na Constituição Federal não perca seu rumo, não desviando da sua essência, mesmo que se adote uma interpretação evolutiva⁴⁷ ou mesmo uma leitura moral da Constituição, como se a mesma fosse um “romance em cadeia”⁴⁸, onde cada decisão judicial fosse vista como um novo capítulo de um romance, respeitando-se, no entanto, os capítulos, ou melhor, as decisões escritas anteriormente.

As novas interpretações à norma penal que vem sendo dadas pelo STF parecem não seguir uma adequação àquilo que vinha sendo decidido por esta Corte Constitucional, tendo em vista, como exemplo, mudança radical de paradigma, ao permitir a prisão após condenação em Segunda Instância e sem ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Opera-se, nesse sentido, nítida ofensa a princípios constitucionais penais tais como o da presunção de inocência, bem como o princípio da culpabilidade, uma vez que tratam-se de limites intransponíveis a serem observados pelo *jus puniendi* do Estado, limites que deveriam ser sempre resguardados e observados pelo Poder Judiciário, tendo em vista os ideais garantistas previstos em um Estado de Direito, embarreirando, desta maneira, a expansão do direito penal, bem como o surgimento de um novo modelo que não respeite aos preceitos constitucionais garantistas.

⁴⁷ A interpretação evolutiva é, possivelmente, a mais aceita forma de atuação criativa do Judiciário, e consiste em compreender a Constituição como um “documento vivo”, devendo suas normas e precedentes ser adaptados ao longo do tempo e às mudanças ocorridas na realidade social. (BARROSO, 2015, p. 316)

⁴⁸ A ideia do romance em cadeia está descrita na obra *o Império do Direito*, na qual Ronald Dworkin compara o trabalho do juiz com a de um romancista em cadeia, que deve utilizar aquilo que já foi escrito para continuar escrevendo a história do direito e sua evolução, sem fugir da sua essência e sem perder a ligação com a quilo que já foi decidido. A nova interpretação da norma não pode desvirtuar daquilo que já foi decidido, mas sim tentar melhorar uma decisão anterior, mantendo uma uniformidade e adequação com o que vem sendo extraído da norma. (DWORKIN, 2007, p. 275-279)

6 CONCLUSÕES

Diante do exposto ao longo dos capítulos desta dissertação e dos argumentos apresentados, há que se concluir que:

1. A ordem constitucional estabelecida a partir da Constituição Federal de 1988, determinou que o Brasil constitui uma ordem democrática de direito, detendo um de seus fundamentos na dignidade da pessoa humana, que passou a ser tratado como princípio fundamental, regente de todo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, no que toca à matéria penal, adotou-se uma base garantista, onde busca-se proteger os direitos individuais do cidadão frente ao poder punitivo estatal.

2. Os princípios e garantias penais foram qualificados pela Constituição Federal como direitos fundamentais, cuja observância é de essencialidade incontestável à preservação da dignidade inerente a qualquer ser humano, independente das circunstâncias concretas que esteja enquadrado. A concretização do direito de liberdade e todos aqueles que, mesmo implícitos na Constituição, direta ou indiretamente a resguardam, está fortemente ligada à consagração da dignidade do homem.

3. A Constituição Federal de 1988 adotou uma visão antropocêntrica, tendo imposto limites ao poder punitivo estatal, exigindo-se uma adequação da intervenção penal a uma ordem jurídica que tem no seu centro a figura do homem. Assim, o homem não deve ser tratado como objeto, ou melhor, como instrumento para se atingir os fins desejados pela atividade estatal. Os direitos humanos e os direitos fundamentais balizam a atuação punitiva estatal, devendo ser observados nas decisões que atingem a liberdade do cidadão.

4. A observância de tais limites constitucionais resguarda uma maximização da liberdade, sem que isso signifique o seu exercício ilimitado ou um abolicionismo penal. Assim, as garantias penais constitucionais, ainda que implícitas, são vínculos normativos que visam assegurar a concretização dos direitos, através da observância dos princípios axiológicos.

5. O garantismo não deve ser confundido com legalidade e formalismo, mas com a tutela dos direitos fundamentais, afastando abusos decorrentes do poder punitivo. Para tanto, os princípios constitucionais da legalidade, da taxatividade, da proporcionalidade, da fragmentariedade, da culpabilidade, da ressocialização, do devido processo legal, do estado de inocência, dentre outros, exercem importante papel neste mister.

6. A culpabilidade, como princípio constitucional penal implícito, é um direito fundamental, garantidor da dignidade humana, já que é essencial na individualização da pena,

tratando-se de limite à intervenção estatal que deve colocar o indivíduo no centro do direito penal, no momento da formação do juízo de reprovação acerca da prática de alguma conduta vedada pelo ordenamento jurídico e que tenha sido praticada pelo indivíduo. Estabelece-se através da culpabilidade uma relação pessoalizada entre o fato exteriorizado e o comportamento humano, excluindo-se qualquer forma de responsabilidade penal objetiva. A análise da culpabilidade deve ser realizada diante do caso concreto, não devendo se basear em um padrão pré-determinado pelo órgão julgador, que não corresponde a valores homogêneos de uma sociedade, mas refletem valores de um grupo setorizado da sociedade do qual faz parte, não correspondentes ao ideal democrático do Estado Brasileiro. Para tanto, a utilização de um conceito material de culpabilidade se impõe como instrumento necessário a afastar a intolerância e a discriminação, respeitando-se as diferenças que possam existir em uma sociedade plural, já que tem como base os direitos fundamentais e a dignidade humana, ao analisar as nuances do caso concreto.

7. A evolução do conceito de culpabilidade demonstrou uma preocupação de subjetivizar a sua análise, sempre visando à limitação da imputação penal e a garantia da dignidade humana, iniciando-se pela teoria psicológica pura, passando-se pela teoria psicológica-normativa, chegando-se na teoria normativa pura, que inseriu na estrutura da culpabilidade o conceito de “poder atuar de outro modo”, baseado na ideia de liberdade de vontade, ou seja, de reger seus atos de acordo com os seus sentimentos.

8. A culpabilidade, em que pese a sua importância à individualização da pena, vem passando por uma crise, baseada, para muitos doutrinadores, na dificuldade de se medir a liberdade de vontade de determinado autor de um delito e sua capacidade de poder atuar de outro modo, o que comprometeria o juízo de reprovação, já que haveriam falhas na análise judicial. No entanto, parece que tal crise está muito mais ligada a questões de política-criminal, já que a culpabilidade serve como limite ao poder punitivo e ao avanço de um direito penal apenas retributivista, sem a análise individual do caso concreto. Tal quadro coloca em risco as garantias e direitos fundamentais do acusado, que acaba sendo julgado pelas necessidades do sistema e não pela efetiva culpabilidade relacionado ao ato.

9. Nesse panorama, verifica-se o crescimento do direito penal do inimigo como uma questão ligada a opção de política criminal de uma sociedade, já que reflete o medo e insegurança nela presente. Há, desta forma, o abandono dos princípios constitucionais penais em benefício de um direito penal excepcional, levando ao afastamento da análise culpabilidade do agente diante do fato, no intuito de se possibilitar a aplicação de penas mais duras, não individualizadas e baseadas apenas no fato do acusado não se amoldar à

determinado padrão preestabelecido pelo julgador. Passa-se a aplicar a pena levando-se em consideração o modo de vida do autor e não as peculiaridades do fato em si. Posicionando-se desta forma, segue-se uma dialética que se distancia do Estado de Direito, aproximando-se de um Estado de Polícia. Deve-se ter em mente, que os efeitos esperados pela aplicação de um direito penal do inimigo poderão ser alcançados sem que haja o afastamento das garantias e o respeito pela dignidade humana.

10. Com a crise da culpabilidade e diante das dificuldades de comprovar o “poder atuar de outro modo”, surgiram teses que visaram a sua reformulação, dentre elas aquelas de caráter funcionalista. Para estas teorias, a culpabilidade deixa de ser elemento autônomo e passa a fazer parte de um conceito maior, junto com a ideia de prevenção, em uma dialética em que ambos elementos se limitariam mutuamente.

11. Destacam-se as teorias funcionalistas de Roxin e Jakobs. No que toca a Roxin, em que pese a construção de tese aparentemente garantista, por anexar à culpabilidade o requisito da necessidade preventiva como um requisito a mais para aplicação da pena, há uma falha no que toca à concessão ao julgador de excessiva liberdade para decidir quando tal necessidade existiria, sem estabelecer parâmetros para tanto. Já para teoria defendida por Jakobs, conhecida com o funcionalismo radical, o importante é a estabilização da norma, esta seria a real função do direito penal, que teria relação íntima com a estabilização dos conflitos a partir do resgate da confiança normativa e a culpabilidade seria vista como uma infidelidade ao direito. Assim a culpabilidade não estaria vinculada a situação fática e a apreciação da situação do acusado diante daquele caso concreto, mas sim àquilo que seria necessário para restabelecer a confiança na norma. Não haveria limites à pena, mas sim um desrespeito à dignidade humana, já que prevaleceria o interesse social ou estatal na aplicação de qualquer pena que fosse necessária a estabilização normativa, não havendo mais a aferição da real culpabilidade do indivíduo diante daquele caso concreto. Tal posicionamento levaria à aplicação de punições distintas em situações idênticas, desproporcionais a gravidade do delito, instrumentalizando-se o homem frente as necessidades sociais.

12. A crise da culpabilidade estaria centrada sobre a sua funcionalidade, que, questionada por defensores de um direito penal puramente preventivo, gera uma realidade expansiva do direito penal, colocando-se as necessidades de acautelamento social a frente da verificação das motivações que levaram ao indivíduo à prática de determinado fato ou a real possibilidade de evitabilidade de tal situação.

13. Percebe-se, assim, um esquecimento quanto ao papel que a culpabilidade assume em um ordenamento jurídico. A pena só existe se for constatada a culpabilidade do autor, e

esta, por sua vez, será a sua medida, não devendo ultrapassá-la. A prevenção não faz parte do juízo de culpabilidade, que deve estar ligado a ideia de individualização da imputação, limitando o poder punitivo do Estado. A reação social a um determinado crime é fator estranho a culpabilidade do agente. Ocorre, no entanto, que a culpabilidade, nessa fase da modernidade, passou a conter conteúdo social, preocupando-se o aplicador da pena muito mais com sua utilidade social do que com a sua individualização levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, ou melhor, da culpabilidade do agente frente ao fato imputado como um injusto penal.

14. Verifica-se a consagração de um modelo *output*, fundamentando a culpabilidade em critérios estranhos a ela, ao declarar, ainda que implicitamente, que as finalidades preventivas incidem na fundamentação da imputação subjetiva, abandonando-se a característica antropocentrismo que deveria estar a ela acoplada.

15. Com base na ideia de prevenção, esquecendo-se dos limites impostos pelo juízo de culpabilidade que garantem a tutela dos direitos fundamentais do acusado de ser submetido a uma pena justa, surge um novo modelo penal, que baseia suas decisões na eficácia de se evitar a prática de novos delitos, impondo-se, para tanto, medidas mais duras, inspirando-se em uma forma equivocada de se utilizar a teoria utilitarista, desvinculada de ideias democráticas e de um conceito de culpabilidade que lhe sirva de limite e fundamento. Com tal postura, há uma tendência de legitimação de decisões arbitrárias.

16. Diante desse panorama, ascende um novo modelo de direito penal, baseado em novas orientações fixadas pelo STF, que, visando à estabilização social, são construídas ao alvedrio da norma constitucional e da natureza garantista retirada de seus preceitos. Para tanto, utiliza-se da doutrina utilitarista, porém dissociada de sua vertente garantista.

17. A doutrina utilitarista seria compatível com o direito penal garantista se fosse levado em consideração que a maior utilidade da norma estaria vinculada a uma maior proteção dos bens relevantes pela menor restrição da liberdade individual, ajudando a compreender os limites do poder punitivo estatal, para que os mesmos sejam observados, mantendo-se uma sociedade equilibrada, sem a perda da autonomia e dos direitos das pessoas que dela fazem parte. O utilitarismo de regras é aplicável no direito penal, desde que a utilidade pretendida seja bem definida e que os meios utilizados para tanto sejam legítimos.

18. O crescimento da sensação de insegurança se tornou maior com os avanços tecnológicos da modernidade, sendo decorrente do aumento da complexidade das relações sociais. A violência ganhou novos contornos, passando a ser mais percebida e dramatizada, tendo em vista a dinamicidade das notícias em uma sociedade da informação. O medo, desta

forma, passou a fazer parte do cotidiano das pessoas de forma mais intensa, o que fez com que aumentasse o desejo por uma justiça rápida e eficaz, sem preocupação dos meios utilizados para alcançá-la. Diante de tal realidade, o direito penal passou a ser percebido como instrumento a serviço de um sistema político funcional, ganhando a interpretação da norma constitucional contornos utilitaristas, no sentido de se minimizar a violência.

19. Passa o direito penal, em busca da eficiência do resultado das decisões, a ter traços marcantes da objetividade, esquecendo-se da sua função limitadora, garantidora dos direitos fundamentais, sem se preocupar com a relevância dos bens jurídicos atingidos, com a situação de cada indivíduo alcançado pela norma penal. Através da relativização dos direitos individuais, aumenta-se o risco da exceção da restrição da liberdade tornar-se a regra, visando-se, ou melhor, respaldando-se em uma pretensa estabilização e pacificação social, que não podem ser alcançadas. Em que pese o controle social ser característica presente em todas as sociedades, o mesmo deverá estar previsto de maneira formalizada, já que dele também poderão advir danos.

20. A relativização dos direitos e garantias constitucionais penais passaram a ser mais percebidos no Brasil a partir da Ação Penal nº 470/MG, a partir de um endurecimento das decisões proferidas em sede de tal processo, tendo como justificativa pensamento utilitarista diante da necessidade de atender ao clamor popular de busca por justiça através da prisão. A decretação da prisão e a quantidade de pena aplicada seria o referencial profano de eficiência. Fixa-se, desta forma, novo paradigma hermenêutico, despreocupado com os riscos da flexibilização de normas de caráter fundamental. Há, desta forma, ofensa a segurança jurídica, já que não se verifica uma preocupação com a técnica, mas sim em se atender àquilo aclamado pela sociedade.

21. A aplicação da eficiência ao direito penal passa por inúmeras dificuldades, dentre as quais pode ser destacada a dificuldade de se adotar uma lógica econômica de produtividade em um ramo do direito onde não há como se mensurar valores de direitos fundamentais tais quais a liberdade do indivíduo. A eficácia de qualquer intervenção penal deverá ser feita sem que haja a diminuição das garantias constitucionais, já que estas devem ser consideradas não em relação ao Estado e seus interesses políticos, mas sim ao cidadão. Não se trata, no entanto, da existência de uma incompatibilidade absoluta da eficiência com o direito penal, mas que a mesma pode ser alcançada através de políticas públicas mais efetivas e de decisões judiciais constitucionais.

22. As decisões penais, no entanto, vem seguindo uma tradição utilitarista, adotando-se a lógica do custo e benefício, sem se preocupar com a agregação e preservação dos valores

e garantias, já que estas passaram a ser consideradas como barreiras ao avanço punitivo estatal, que por ser tão desejado pela sociedade, justificaria a eliminação dos direitos individuais do cidadão. O delito, como algo indesejado pela sociedade, deve ser neutralizado, não importando a forma adotada para a realização deste fim.

23. Levando-se em consideração o aspecto preventivo-geral da norma, o órgão julgador, ao aplicar a pena, a incrementará, sem fundamentação legal para tanto, para que desta forma, o indivíduo ao analisar custos e benefícios decorrentes da sua conduta, leve em consideração que produto do crime não torne atrativa a sua prática, a desestimulando. Deve-se perceber que outras formas de desestímulo podem tomar lugar dessa maneira inconstitucional de fazê-lo, bastando, para isso, uma maior eficiência das políticas públicas, a diminuição do desemprego e das desigualdades sociais. Há uma simplificação do problema da violência e dos meios necessários a sua contenção através do endurecimento das decisões judiciais, que demonstram um direito penal simbolicamente eficiente, já que não há uma diminuição dos índices de violência delas decorrentes.

24. A ideia de eficiência está ligada à de justiça, não significando que esta última seja consequência lógica da primeira. Tais conceitos devem andar juntos ao de garantismo, já que decisões apenas preocupadas com a eficiência acaba por afrontar os preceitos democráticos. A busca pela eficiência deve ter sempre em mente o ser humano e os direitos a ele inerentes, e não na concretização do desejo de justiça da população, já que o real sentido da norma penal está na garantia da liberdade do homem através da contenção do poder punitivo estatal.

25. No que toca ao desejo de justiça propagado na sociedade, este tem muita relação com a forma que a transmissão da notícia é passada para a sociedade, já que terá grande influência na formação da opinião coletiva. Isso porque, a comunicação produzida pela mídia, no que toca aos fatos caracterizados como crime, configura uma espécie de criminologia midiática, apelando-se a criação de uma realidade através da informação (ou desinformação) que convergindo com os pré-conceitos e crenças, geram um desejo de justiça, sem preocupações de que forma e a que custo a mesma será atendida. Verifica-se, assim, uma tendência irracional de clamor popular, que busca no Poder Judiciário, através da utilização mais dura do direito penal, a solução dos problemas relacionados à segurança pública.

26. Há uma maior preocupação no etiquetamento do que sejam decisões justas, e o seu equivocado embasamento na vontade individual de se concretizar um desejo pessoal de vingança. É dessa forma, pensando-se na satisfação pessoal, que se passa a recorrer ao direito penal como o primeiro e não como último recurso na solução de determinados problemas sociais. A diabolização do outro tornou-se marca dessa fase da modernidade, trazendo como

característica a necessidade de proteção ilimitada da vítima, com base no discurso maniqueísta da luta do bem contra o mal. Assim, forma-se um conceito de justiça ligada a ideia de se eliminar o mal da sociedade, inclinando-se as decisões a um direito penal máximo, em uma nítida deterioração dos direitos humanos. A mídia assume seu papel de fator real de poder, não mais se contentando com seu papel informador e crítico do trabalho realizado pelo Poder Judiciário, mas sim colocando-se em posição de interventor direto no curso dos acontecimentos.

27. O abandono no cuidado do fundamento das decisões, da função e finalidade do sistema marca um novo modelo penal jurisprudencial. A Ação Penal nº 470/MG pode ser considerada como marco teórico da instabilidade jurídica no Brasil, tendo em vista a alternância e fluidez que passaram a caracterizar as decisões do STF, que preocupado com o desgaste da sua imagem frente à população, vem desde então adotando posicionamentos contrários à ordem constitucional, reformulando conceitos e teorias para que se amoldem ao desejo de justiça do povo.

28. Há a instauração de um verdadeiro populismo penal, que busca legitimar a fixação de novo paradigma hermenêutico, contrário a norma constitucional, utilizando-se, para tanto, do apoio popular, que deseja o endurecimento das decisões penais, já que nelas deposita seu desejo de justiça. Levando-se em consideração o regime democrático, é com base no apoio popular que há uma legitimação para o endurecimento da pena, o incremento do direito penal do inimigo, instrumentalizando-se o direito penal como arma política. O STF passou a adotar uma posição ativa na construção de uma política criminal utilitarista, revelada pela eficiência de suas decisões, esquecendo-se dos limites constitucionais que devem ser observados, ao relativizá-los a partir de novas interpretações dadas à norma penal.

29. Isso não significa que a aplicação da lei deve ser estática, mas a sua interpretação, acompanhando a evolução social e a complexidade das suas relações, deve obedecer à necessidade de se manter a essência da Constituição Federal, que tem como base o primado da dignidade humana. Não pode o STF modificar o teor das regras e das teorias consagradas sempre que pensar que desta forma aperfeiçoará a funcionalidade da mesma. As implicações de natureza autoritária, decorrentes de decisões utilitaristas não podem ser esquecidas, sob a alegação de sua eficiência, principalmente diante da sua sobreposição à liberdade das pessoas. Destaca-se, desta forma, que os espaços de discricionariedade são campos de insegurança, já que ligados a critérios subjetivos do julgador, devendo, então ser limitado ao esgotamento dos princípios constitucionais.

30. O conceito de justiça é marcado pela sua abstração, já que se refere a um estado ideal, devendo, no entanto ser dotado de razoabilidade e imparcialidade. Fala-se em decisões justas na esfera penal como aquelas que observam a essência das normas penais e constitucionais, preocupando-se, desta forma, com os direitos dos indivíduos afetados diretamente pela norma de caráter restritivo e não aquelas atreladas aos pré-conceitos e necessidades momentâneas da sociedade. Assim, a utilização da norma constitucional e a observância da sua essência como ponto de partida para a aplicação ou não de uma pena, torna-se orientação primorosa para manutenção da força normativa constitucional e da preservação da segurança jurídica. Tal posicionamento mostra-se possível já que o juiz, apesar de sofrer influências externas na formação da sua personalidade, é capaz de estabelecer limites a sua liberdade de julgar, afastando-as de suas decisões, mantendo a imparcialidade necessária à concretização da justiça.

31. Na prática observa-se, ainda que de forma implícita, uma falta de vontade de realização concreta da Constituição. A Constituição tem a função de mecanismo de autonomia operacional do direito, devendo ser capaz de fixar critérios internos para aplicação das normas jurídicas, que tem grande relevância diante da complexidade das sociedades contemporâneas e da possibilidade de manipulação política e arbitrária do direito. Porém, percebe-se uma ineficácia das normas penais constitucionais, afetando os alicerces do sistema jurídico-constitucional, resultando em um efeito hipertrofiticamente simbólico, já que, na prática não haveria a observância dos direitos fundamentais. A constitucionalização simbólica fortifica-se a partir do aumento da confiança do cidadão no Estado, o que, no caso da norma penal, verifica-se com a sua interpretação cada vez mais rígida, contrariando a sua base garantista.

32. Garantismo não significa legalismo, formalismo ou processualismo, mas sim uma forma de se resguardar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos, impedindo que o Estado avance seu poder punitivo sobre o cidadão. Não se pode impor qualquer tipo de pena a uma determinada pessoa sem que haja o cometimento de um delito, sem sua previsão legal, sem um devido processo legal e sem a verificação da culpabilidade do autor. Nesse sentido, deve o Estado vincular o seu poder punitivo à observância de tais limites, buscando-se, em um Estado Democrático de Direito a efetivação de um direito penal mínimo, baseado em máximas garantias constitucionais. A minimização do direito penal está ligada à maximização dos direitos fundamentais, exercendo a culpabilidade a função de limitar a aplicação da lei penal, respeitando-se a individualidade de cada pessoa em determinado caso concreto.

33. A culpabilidade constitui garantia constitucional penal, tratando-se de direito fundamental, de caráter indisponível, devendo ser observada pelo aplicador da norma penal, privilegiando a subjetividade que dela decorre e não a função de defesa social que não é a ela inerente, já que deve ser verificado o nexo de causalidade e da imputação que vinculam o acusado ao delito. A análise fática das garantias constitucionais penais é instrumento necessário ao combate à expansão do direito penal, já que o distanciamento da normatividade constitucional com aquilo que aplicado pelo órgão julgador, demonstra a inefetividade do modelo adotado por um ordenamento jurídico.

34. A interpretação constitucional é instrumento que capacita às normas acompanharem a evolução social, garantindo, desta forma, a concretização dos direitos fundamentais e limitando o avanço abusivo do poder estatal. A ordem jurídica é um sistema, devendo ser interpretado como um todo, sendo a Constituição instrumento essencial para a manutenção da sua harmonia no momento da tomada de decisões, já que dita valores que devem ser seguidos. Como direitos indisponíveis, os direitos fundamentais devem ser considerados como limitações, invalidando e deslegitimando decisões que contrariem tal núcleo normativo. Assim, a força popular e os interesses políticos não podem preponderar sobre as garantias constitucionais penais.

35. A garantia da apreciação da culpabilidade pelo órgão julgador faz parte da essência do Estado de Direito, possibilitando uma análise individualizada e subjetiva da imputação, servindo de limite à intervenção punitiva. Portanto, a importância da análise genuína da culpabilidade deve ser observada, ou melhor, resgatada, não devendo ser utilizada para atender aos pré-conceitos do julgador, as suas influências ou ao clamor popular. É certo que a pena detém uma função social, mas, em primeiro plano, o direito penal deve resguardar os direitos individuais do cidadão. Nesse sentido, a culpabilidade não pode ser tratada como medida pura de retribuição, devendo sempre ser analisada as condições pessoais do autor frente ao caso concreto. Resgatando-se o respeito à análise da culpabilidade, que se trata de um direito fundamental e, como tal, intransponível, verificar-se-á a observância aos limites impostos pela Constituição ao *jus puniendi* estatal e também à expansão, não só do direito penal, mas do seu modelo antidemocrático e antigarantista.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, José Maurício. **Ética & Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: Homo Sacer, II, I. São Paulo: Boitempo, 2016.
- _____. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua, tradução de Henrique Burigo. 2. Reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade, Ano 7, n. 12, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1999.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almeidina, 2012.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto da reforma do Código de Processo Penal**. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182956>. Acesso em: 17 mar. 2018.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção saraiva de legislação).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Penal nº 470/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. DJ, 17 dez.2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Dje-074, divulgação: 19 abr. 2013, publicação: 22 abr. 2013.
- BUSATO, Paulo Cesar. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. Revista Liberdades da IBCCRIM, n. 8, p. 45-87, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?con_id=94>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- CABRAL, João Francisco P. **Hobbes e o estado de natureza**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilescuela.uol.com.br/filosofia/hobbes-estado-natureza.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Bases para compreensão e crítica do Direito Emergencial**. 2016. Disponível em <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/320410486/bases-para-compreensao-e-critica-do-direito-emergencial>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do inimigo**. Tradução Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

COSTA, Faria. **Noções fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio **Culpabilidade: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal**, São Paulo: SaraivaJur, 2017.

GARAPON, Antoinr. **O Guardador de Promessas: justiça e democracia**. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo: B de F Editor. Júlio César Faria, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 05 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42761&seo=1>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niteroi, RJ: Impetus. 2009.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

_____. **Persona, Mundo y Personalidad: bases para uma teoria de la imputación em derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). **Anteprojeto do novo Código de Processo Penal e a importância de sua exposição de motivos**. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

JAGUARIBE, Hélio. **Democracia de opinião pública**. <<http://www.bresserpereira.org.br/books/embuscadonovo/20-Democracia-de-Opinio%C3%A3o-P%C3%BAblica.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição?**. São Paulo: Edições e Publicações do Brasil, 1933.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 1651. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MEDEIROS, Alexsandro M. Pragmatismo e utilitarismo. **Sabedoria Política**, 2016. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/pragmatismo-e-utilitarismo/>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

MELLO, Sebastián B. De A. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: JusPodivm, 2010.

MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais: a inexigibilidade de conduta diversa como topos e solução**. 2008. 199 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação: uma Contribuição Transdisciplinar Para a Crise da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistemas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. **Culpabilidade e função: análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Gunther Jakobs**. 2014. 284 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014.

ROCHA, Patrícia V. de M. F; ROCHA JUNIOR, Alício de O. **A prisão após decisão em segunda instância não transitada em julgado como reflexo da mudança de paradigma na jurisprudência do STF: aproximação do estado de exceção**. In: JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS, RBPDF, 3., 2016, São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2016. 489-505. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/xy6mqj74/1d93dw2j>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

RODRIGUES, Fillipe A. **Eficiência e direito penal: é possível um diálogo garantista?**. 2016. Disponível em <<http://jusliberdade.com.br/eficiencia-e-direito-penal-e-possivel-um-dialogo-garantista-parte-1/>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

ROXIN, Claus, **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito. Panóptica. 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. **Participação no comando de esquema tem de ser provada**. Folha de São Paulo, São Paulo, 11 nov. 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em 19 mar. 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Eficiência e Direito Penal**. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Florianópolis: Conceito, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012a.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012b.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

TABET, Diogo. **Ativismo judicial e processo penal**: mais warren's e menos law and order. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 205, 2009.

VIEIRA, Carolina Luíza S. **A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena**. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/498>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl. **A questão criminal**: a palavra do mortos. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANEXO A - Trecho do Voto da Ministra Rosa Weber sobre a teoria do domínio do fato em sede do Acórdão proferido em sede da Ação Penal nº 470/MG relativo à teoria do domínio do fato (páginas 1161 a 1163 do mencionado Acórdão e páginas 102 a 104 do citado Voto).

AP 470 / MG

empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Ensina Raul Cervini:

“Por consiguiente, para la imputación es decisivo el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina solo en aquel punto en el que ‘faltan los presupuestos precisamente en esse dominio por organización’” (El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista, Ed. Bdef, Montevideo, 2005, p. 145)

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

“En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoría mediata a éste.” (ob. cit. p. 146)

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que

AP 470 / MG

pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria.

Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural.

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.

Na hipótese *sub judice*, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta. Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato:

“Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución comun del hecho de la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por médio de la cual el interviniente que no executa directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del executor”. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no há de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución comun del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la “comisión conjunta” requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes.” (Autoria y Dominio Del Hecho en Derecho Penal,

AP 470 / MG

Ed. Marcial Pons, 2000, Barcelona, p. 733)

Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida.

Não subsiste, pois, o argumento de que omissa a denúncia, a prejudicar a defesa. Aliás, pelos termos em que vazadas as alegações finais, denunciado algum deixou de saber com exatidão do que estava sendo acusado. A denúncia é clara quanto ao conjunto de fatos dos autores individuais e a responsabilidade pelas ações delituosas empresariais, o que se mostra suficiente ao exercício da ampla defesa.

Dito isso, Senhor Presidente, passo em meu voto **à análise descritiva da prova** constante dos autos, técnica, documental e oral, a começar pelos **processos administrativos desenvolvidos pelo Banco Central em sua função de supervisão e de fiscalização das instituições financeiras – seu resultado e suas conclusões** (cópias desses processos administrativos encontram-se juntados à ação penal na forma digitalizada, em discos flexíveis, como certificado na fl. 43.653, vol. 206), e ainda pelos **laudos periciais da Polícia Federal, especialmente o laudo 1.666/07/INC, fls. 81-173, apenso 143**, exaustivamente analisado e com inúmeros excertos transcritos pelo eminente relator.

O detalhamento destas provas, que cabalmente demonstram, a meu juízo, a materialidade do crime de gestão fraudulenta, foi efetuado de forma exaustiva, repito, tanto pelo Relator como pelo Revisor, a cujos votos peço licença para me reportar. Destaco, em atenção ao trabalho sempre competente e brilhante dos eminentes Defensores, a quem rendo minhas homenagens, que os novos memoriais que recebi ontem ao final da tarde não infirmam a leitura da prova procedida por suas Excelências, em escorreita visão – de que compartilho -, do conjunto probatório.

À análise.

Segundo a Acusação, parte dos recursos utilizados para pagamento dos parlamentares federais teria origem em empréstimos fraudulentos concedidos pelo Banco Rural.

Tais empréstimos caracterizariam, segundo o Ministério Público, o

ANEXO B – Ementa de Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 975/AL



03/10/2017

SEGUNDA TURMA

AÇÃO PENAL 975 ALAGOAS

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REVISOR	: MIN. CELSO DE MELLO
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S)	: RONALDO AUGUSTO LESSA SANTOS
ADV.(A/S)	: JOSÉ FRAGOSO CAVALCANTI

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-GOVERNADOR. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. CONDENAÇÃO POR FATOS NÃO NARRADOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA, QUE SE IMPÕE. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO, LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DECORRENTE DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E PECULATO-DESVIO. CONSTATAÇÃO DE SOBREPREÇO E DIVERGÊNCIA DE QUANTITATIVOS. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA NÃO DEMONSTRADA. PROVA DOCUMENTAL INSUFICIENTE. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. A MERA POSIÇÃO DE UM AGENTE NA ESCALA HIERÁRQUICA É INSUFICIENTE PARA, DE FORMA ISOLADA, COMPROVAR A AUTORIA DELITIVA. ABSOLVIÇÃO.

1. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes.

2. Deve-se reconhecer a nulidade absoluta de sentença que, em descompasso com os limites traçados pela exordial acusatória, condena o réu por fatos não narrados na denúncia. A sentença incongruente padece de vício irremediável, na medida em que compromete as garantias de

**AP 975 / AL**

direito de defesa, devido processo legal e ainda usurpa o monopólio da ação penal, concedido constitucionalmente ao Ministério Público. Precedentes.

3. Não são enquadráveis como notórios, ao ponto de prescindir de maior substrato probatório, fatos que demandam tarefa intelectual do autor para serem compreendidos e aceitos, como é o caso de irregularidades relacionadas a complexo procedimento licitatório.

5. Deve ser refutada imputação centrada, unicamente, na posição de um dado agente na escala hierárquica governamental, por inegável afinidade com o Direito Penal Objetivo.

6. Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto.

7. Não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, e não tendo logrado demonstrar, de modo conclusivo, a autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe.

8. Apelação provida, a fim de, preliminarmente, declarar a nulidade parcial da sentença condenatória, por afronta ao princípio da correlação, e no mérito, absolver o réu, por ausência de provas de ter concorrido para o delito (art. 386, V, do CPP).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de apelação a fim de absolver o réu, com base no art. 386, V, do CPP, nos termos do voto do Relator.



AP 975 / AL

Brasília, 3 de outubro de 2017.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

ANEXO C – Ementa de Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no HC nº 127.397/BA.

06/12/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 127.397 BAHIA

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: ALVARO FERNANDES DA CUNHA FILHO
IMPTE.(S)	: DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Ação penal. Evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7.492/86). Trancamento. Inépcia da denúncia. Admissibilidade. Imputação derivada da mera condição de o paciente ser diretor-presidente das empresas. Ausência de descrição mínima dos fatos. Denúncia que individualizou as condutas de corréus. Possibilidade de diferenciação de responsabilidades dos dirigentes da pessoa jurídica. Teoria do domínio do fato. Invocação na denúncia. Admissibilidade. Exigência, contudo, da descrição de indícios convergentes no sentido de que o paciente não somente teria conhecimento da prática do crime como também teria dirigido finalisticamente a atividade dos demais agentes. Violação da regra da correlação entre acusação e sentença. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar o trancamento da ação penal em relação ao paciente.

1. O trancamento da ação penal em *habeas corpus* é medida excepcional, a ser aplicada quando evidente a inépcia da denúncia (HC nº 125.873/PE-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 13/3/15).

2. A denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é inepta. Precedentes.

3. Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, um dos requisitos essenciais da denúncia é “a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias”.

4. Esse requisito, no caso concreto, não se encontra devidamente preenchido.

5. A denúncia, embora tenha narrado em que consistiu a evasão de

HC 127397 / BA

divisas, se limitou a imputar ao paciente o concurso para o crime em razão de ser, à época dos fatos, diretor-presidente das empresas, cargo que lhe conferiria “o domínio do fato concernente às principais ações das *referidas empresas*”. Ainda de acordo com a denúncia, “não é crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas, que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo”.

6. Nesse contexto, a denúncia, em relação ao paciente, não contém o mínimo narrativo exigido pelo art. 41 do Código de Processo Penal,

7. Não se olvida que, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal, “não [é] inepta a denúncia que contém descrição mínima dos fatos imputados aos acusados, principalmente considerando tratar-se de crime imputado a administradores de sociedade, não exigindo a doutrina ou a jurisprudência descrição pormenorizada da conduta de proprietário e administrador da empresa, devendo a responsabilidade individual de cada um deles ser apurada no curso da instrução criminal” (HC nº 101.286/MG, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 25/8/11).

8. Todavia, a inexigibilidade de individualização, na denúncia, das condutas dos dirigentes da pessoa jurídica pressupõe a indiferenciação das responsabilidades, no estatuto, dos membros do conselho de administração ou dos diretores da companhia, ou, se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, de seus sócios ou gerentes. Precedentes.

9. Quando for viável a diferenciação de responsabilidades, a denúncia não poderá lastrear a imputação genericamente na condição de dirigente ou sócio da empresa.

10. Na espécie, a denúncia, ao atribuir fatos específicos ao diretor financeiro das empresas e a seu subordinado, individualizou condutas, razão por que não poderia se limitar a imputar o concurso do seu diretor-presidente para o crime de evasão de divisas em razão tão somente de seu suposto poder de mando e decisão, sem indicar qual teria sido sua contribuição concreta para tanto.

11. A teoria do domínio do fato poderia validamente lastrear a imputação contra o paciente, desde que a denúncia apontasse indícios

HC 127397 / BA

convergentes no sentido de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados.

12. Não basta invocar que o paciente se encontrava numa posição hierarquicamente superior para se presumir que tenha ele dominado toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime de evasão de divisas, sua interrupção e suas circunstâncias, máxime considerando-se que a estrutura das empresas da qual era diretor-presidente contava com uma diretoria financeira no âmbito da qual se realizaram as operações ora incriminadas.

13. Exigível, portanto, que a denúncia descrevesse atos concretamente imputáveis ao paciente, constitutivos da plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime.

14. A denúncia contra o paciente, essencialmente, se lastreia na assertiva de que “não [seria] crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas [aproximadamente cinco milhões de dólares], que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo”.

15. Nesse ponto, a insuficiência narrativa da denúncia é manifesta, por se amparar numa mera conjectura, numa criação mental da acusação, o que não se admite. Precedente.

16. A deficiência na narrativa da denúncia, no que tange ao paciente, inviabilizou a compreensão da acusação e, conseqüentemente, o correto exercício da ampla defesa.

17. Ademais, sem uma imputação precisa, haveria violação à regra da correlação entre acusação e sentença.

18. Ordem de **habeas corpus** concedida para determinar, em relação ao paciente, o trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido

HC 127397 / BA

de **habeas corpus** para determinar, em relação ao paciente, o trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de dezembro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

ANEXO D - Ementa de Acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292/SP.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S)	: MARCIO RODRIGUES DANTAS
IMPTE.(S)	: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S)	: MARCIO RODRIGUES DANTAS
IMPTE.(S)	: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada:

“As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,

HC 126292 / SP

DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ* (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator”.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.

Em 5.2.2015, deferi o pedido de liminar “para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

17/02/2016**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO****VOTO****O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

1. À vista da Súmula 691/STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, de regra, conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instância. Todavia, admite-se o conhecimento do pedido em casos excepcionais, quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestamente ilegal (*v.g.*, entre outros, HC 122670, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5/8/2013, DJe de 15/8/2014; HC 121181, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 13/5/2014). No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. Essa circunstância autoriza o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.

2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de

HC 126292 / SP

justiça criminal.

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, esgotadas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”.

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade

HC 126292 / SP

determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.

HC 126292 / SP

“(…) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA”.

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (*“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1

HC 126292 / SP

estabelece:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que *“o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado*

HC 126292 / SP

perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país” (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e

HC 126292 / SP

extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

6. O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

“No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regule os procedimentos, tratando o implicado de forma

HC 126292 / SP

progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (*in*: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente

HC 126292 / SP

consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”*. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

“a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do *Supreme Court Act 1981*. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à *High Court* versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da *Crown Court*'. (...)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da

HC 126292 / SP

5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre *Caso ‘Coffin versus Estados Unidos’* em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que ‘se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo’.

(...)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (*US Code*). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.

c) Canadá

(...)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson*(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, “é claro”, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a

HC 126292 / SP

possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(...)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...)

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

f) Portugal

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de

HC 126292 / SP

inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

(...)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida” (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 84.078’, p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no

HC 126292 / SP

que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

“Aliás, na maioria **esmagadora** das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, **não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45**, isto é, não se revestem **expressivamente** de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de **167 RE's julgados**, 36 foram **providos**, sendo que, destes últimos, **30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo**. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser **facilmente resolvidos por habeas corpus**, foram **providos menos de 4% dos casos”**.

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência

HC 126292 / SP

que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

“Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado

HC 126292 / SP

este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

HC 126292 / SP

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.*

13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto.

ANEXO E - Ementa de Acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.078-7/MG.

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. EROS GRAU**
PACIENTE(S) : OMAR COELHO VITOR
IMPETRANTE(S) : OMAR COELHO VITOR
ADVOGADO(A/S) : JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E
OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ALEXANDRE RASSI
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia

ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual

Ordem concedida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009.

EROS GRAU

-

RELATOR